DER BESITZ UND DER EIGENTUMSERWERB DES FINDERS

NACH DEM B. G. B.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

STANISŁAW GIŻYŃSKI,
AUS KOSCHMIN (PROVINZ POSEN.)

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

WÜRZBURG
BUCHDRUCKEREI J. SEELMEYR
1904.

Sr. Hochwohlgeboren

Herrn Cz. Czypicki

Rechtsanwalt und Notar.

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil.

Begriffsbestimmung des Finders.

II. Teil.

Der Besitz des Finders nach dem B. G. B.

III. Teil.

Der Eigentumserwerb des Finders.

I. Teil.

Begriffsbestimmung des Finders.

Im Gegensatz zum römischen Recht, im Einklang dagegen mit den neueren Codifikationen[1]) giebt das bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 965—984 eingehende Bestimmungen über den Fund.

Nach § 965 ist Finder[2]) — der Zweckmässigkeit wegen beginne ich mit dieser Definition —
„Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt."

Geradezu verwirrend wirkt es, dass in dieser Legaldefinition ein und dasselbe Wort zweimal vorkommt; augenscheinlicher wird dies, wenn ich die Definition umändere und darin anstatt des Hauptworts das entsprechende Zeitwort setze, dann heisst „Finden" = „eine verlorene Sache finden und an sich nehmen."

Der Mangel einer solchen Definition ist evident. Der anscheinende Widerspruch löst sich aber, wenn man bedenkt, dass der Begriff „finden" sowohl dem Alltagsleben wie dem Rechtsgebiete angehört und hier

---

1) Allgemeines Landrecht I 9 §§ 19—72; österreichisches Gesetzbuch §§ 388—394; sächsisches B. G. B. §§ 239—243; Züricher Privatrecht §§ 626—630.

2) Eine Definition wie z. B. § 516 bezüglich der Schenkung giebt § 965 nicht; immerhin sind die Anfangsworte des § 965 eine „gesetzliche Bezeichnung" für den Begriff „Finder". Diese Bezeichnung ist, wie bei Definitionen üblich, nur einmal gebraucht, sodass ihr wohl die Geltung einer Legaldefinition zukommt. (So Plauck, Erl. 1 zu § 965; Motive Bd. III. S. 375).

wie dort keineswegs dasselbe bedeutet. Im Volksmunde wird Finden in den verschiedensten Bedeutungen und Wendungen gebraucht, die mit dem eigentlichen Finden nichts gemein haben; so bezeichnet beispielsweise der Laie eine Sache als gefunden, die er auf der Strasse liegen gesehen, bemerkt hat. In diesem unjuristischen Sinne ist das Wort „Finden" im § 965 aufzufassen, sodass die Definition des Finders nun lautet: Finder ist „wer eine verlorene Sache sieht, bemerkt und an sich nimmt."

Es wäre vorteilhafter gewesen, wenn man im § 965 die Bezeichnung „Finden" nicht gebraucht und dafür einen andern Ausdruck gewählt hätte, wie dies z. B. im § 984 beim Schatzfunde geschehen ist.

Wie eben hervorgehoben, bezeichnet der Nichtjurist schon das blosse Antreffen, das sinnliche Wahrnehmen einer Sache als Finden, zum Begriffe „Finden" im juristischen Sinne gehört dagegen ausserdem noch das Ergreifen, das Ansichnehmen derselben; „denn niemand wird — bemerkt Czyhlarz[1]) — den für den Finder einer verlorenen Sache erklären, der sie zwar erblickt, aber doch liegen gelassen hat."[2])

---

[1]) „Eigentumserwerbsarten" in Glücks Pandektenkommentar Bd. 41, 42 S. 230.

[2]) Anderer Ansicht Gimmerthal (Archiv für civilistische Praxis Bd. 52 S. 523 fg.): „Finden im juristischen Sinne heisst einfach eine Sache ausser Besitz antreffen". Er fällt aber selbst das Urteil bezüglich der juristischen Brauchbarkeit seiner Definition, indem er weiter ausführt: „Zwar — das muss zugegeben werden — entsteht durch das blosse Antreffen einer nur verlorenen fremden Sache weder ein Rechtsverhältnis zwischen Finder und Verlierer, noch hat dieser Akt für den Finder selbst irgend eine juristische Bedeutung, er legt ihm keine Pflichten auf, verleiht ihm aber auch kein Recht".

Zutreffend ist die Definition Gimmerthals nur für den Schatzfund, hier genügt zum Finden das blosse Entdecken. (Dernburg, das bürgerliche Recht Bd. III. S. 117.

Wohl zu beachten ist hierbei, dass man nicht jedes Ergreifen einer Sache als Besitzergreifungshandlung ansehen darf, so beispielsweise nicht, wenn jemand eine auf der Strasse liegende Sache aufhebt, um sie zu besichtigen, sie aber alsbald am Fundorte wieder niederlegt. Dieser wird deshalb noch nicht zum Finder, er hat auch nicht die Pflichten eines solchen.[1]) Er muss aber, wie bereits gesagt, die Sache alsbald und zwar am Fundorte niederlegen, keineswegs darf er dadurch die Lage des Verlierers in irgend einer Weise verschlechtern. Daraus folgt, dass der Finder, der die gefundene Sache bereits in Besitz genommen hatte — ob und wann dies der Fall ist, ist allerdings Tatfrage — derselben sich nicht entledigen darf, selbst wenn er sie an den Fundort wieder zurückbringen wollte. Denn damit würde er der ihm gesetzlich auferlegten Verwahrungspflicht zuwiderhandeln (§ 966 I). Diese Pflicht könnte für den Finder unter Umständen recht beschwerlich und lästig werden; dem beugt § 967 vor, wonach sich der Finder durch Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde von der Verwahrungspflicht jederzeit befreien kann.[2])

---

[1]) Protokolle III S 258.

[2]) Anderer Ansicht ist Dernburg (III. S. 336), der meint, dass der Finder, der eine Sache in der Absicht ergreift, sie nur kurze Zeit zu behalten, dieselbe nicht immer zu behalten braucht, falls ihn die ihm obliegenden gesetzlichen Pflichten an der Verfolgung eigener dringlicher Angelegenheiten hindern würden. Als Beispiel führt Dernburg den Fall an, wo jemand ein Pferd, das den Reiter abgeworfen, einfängt in der irrigen Meinung, es bald dem Herrn abliefern zu können. Dem möchte ich entgegenhalten: Wird jemand, der in der Tat „dringende" Angelegenheiten zu besorgen hat, ein Pferd wenn auch in der von Dernburg gemeinten Absicht einfangen und einen Zeitverlust riskieren wollen?

Sehr abfällig über die Stellung des Finders im B. G. B. spricht Bekker (Jherings Jahrbücher Bd. 34 S. 4): „dem Finder werden so viele und so unbequeme Verpflichtungen auferlegt und

Wie eben dargetan, ist das Ergreifen, das Ansichnehmen der Sache ein wesentliches Moment des Findens im juristischen Sinne. Da es sich beim Finden nur um bewegliche Sachen (unten S. 18) handeln kann, so wird in der Regel eine sinnfällige Besitzergreifung unerlässlich sein. Zur Besitzesfortdauer ist es dagegen nicht erforderlich, dass der Anfangstatbestand in jedem ferneren Momente vorhanden ist, es genügt, um mit Dernburg[1]) zu sprechen, dass man „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge auf die fortgesetzte Verfügung über die Sache zählen kann.“ Ein Bauer, der z. B. landwirtschaftliche Geräte auf dem Felde zurückgelassen hat, bleibt nichtsdestoweniger Besitzer derselben, wenngleich ein Vorübergehender in räumlicher Beziehung diesen Sachen näher ist als der Bauer.

Ausser dem Antreffen und Ergreifen ist zum Begriffe „Finden“ erforderlich, dass die Sache eine „verlorene“ ist. Nur diese Sachen können gemäss § 965 Gegenstand des Fundes sein. Eine Erklärung dieses Begriffes, der übrigens auch der vulgären Sprache angehört und keineswegs nur eine Bedeutung hat, fehlt im Gesetzbuche. Bevor ich diesen Begriff zu definieren versuche, möchte ich noch eine Betrachtung vorausschicken.

Das Gesetz spricht nämlich einerseits im § 965 von „verlorenen“ Sachen, ohne zu sagen, was darunter zu verstehen ist, andrerseits zählt es mehrere Male die verlorenen Sachen neben den gestohlenen als Bei-

---

so geringe Vorteile in Aussicht gestellt, dass jeder Rechtskundige den ganzen Inhalt der zitierten Paragrafen in die Worte zusammenfassen muss: „finde nie.“ Wohl mit Unrecht, wenn man § 967 berücksichtigt.

[1]) Dernburg, Pandekten I, S. 169.

spiele für die abhanden gekommenen Sachen auf (§§ 935, 1006, 1007). Es liegt also der Schluss nahe, das unter „verloren" hier wie dort dasselbe verstanden wird; dennoch glaube ich, dass dies nicht der Fall ist, dass m. a. W. das Wort „verloren" im § 965 nicht identisch ist mit demselben im § 935 gebrauchten Ausdrucke. Dies ergiebt sich bei einer Gegenüberstellung der besagten Paragraphen: In § 935 sind als verlorene Sachen die im gewöhnlichen Sinne verlorenen bezeichnet, also beispielsweise Sachen, die dem Verlierer aus der Tasche gefallen sind, die er irgendwo liegen gelassen hat, des Ortes sich aber nicht mehr erinnert — alle sonst verlorenen Sachen sind zu den abhanden gekommenen zu zählen, wie z. B. die bei einer Überschwemmung fortgetriebenen Sachen, der von einem Windstoss fortgetragene Hut; in § 965 ist der Begriff der verlorenen Sache weiter, was schon daraus ersichtlich ist, dass hierher auch die entlaufenen Tiere gehören (§ 971). Ferner warnen auch die Motive (Bd. III S. 375) davor, dass der Begriff „Verlieren", wie dies oft geschieht, nicht zu eng ausgelegt werde. Zu diesem Zwecke wurden im § 910 des Entwurfes erster Lesung neben den verlorenen die „sonst abhanden gekommenen" Sachen ausdrücklich miterwähnt. Der letztere Zusatz wurde von der zweiten Kommission allerdings gestrichen, der § 910 dennoch aber, wie es in den Protokollen (III S. 256) heisst „sachlich" angenommen. Somit steht meines Erachtens dem nichts entgegen, dass man die „verlorenen" Sachen des § 965 im weiteren Sinne nimmt, sodass darin auch die sonst abhanden gekommenen mitenthalten sind.[1])

---

[1]) Endemann (II. S. 87 Anm. 1.) folgert aus § 984 durch *argumentum e contrario*, „dass die Sache nicht als verborgene erst entdeckt sein darf."

So wurde bereits Art. 304 IV des alten Handelsgesetzbuches interpretiert; auch hier wurden neben den gestohlenen nur die verlorenen Sachen genannt, dennoch verstand das Reichsgericht (in Zivilsachen Bd. I S. 255) in einem Erkenntnis unter verloren jeden unfreiwilligen Besitzverlust.

Wie schon die Wortbildung erkennen lässt, liegt ein Abhandenkommen dann vor, wenn dem Besitzer etwas aus der „Hand", aus seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt kommt. Meines Erachtens dürfte nun der Schluss gerechtfertigt sein, dass unter „verloren" im § 965 jeder unfreiwillige Besitzverlust zu verstehen ist. In ähnlichem Sinne sagen die Motive (III S. 386): „Ein wesentliches Merkmal der gefundenen Sache ist, dass die Inhabung des Verlierers ohne dessen Willen aufgehoben ist"; also auch hier wird unfreiwilliger Besitzverlust schlechthin verlangt.

Das Resultat dieser vorausgeschickten Betrachtung war, dass eine Sache dann verloren ist, wenn man 1) deren Besitz eingebüsst hat und zwar 2) unfreiwilligerweise — ich habe somit bereits zwei Begriffsmerkmale der zu definierenden „verlorenen" Sache gewonnen.

Wann ist nun der Besitz an einer Sache eingebüsst?

Wie der Besitz mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird, so hört er auf mit der Beendigung dieser Gewalt. Welches die Tatbestandsmerkmale des Besitzesbegriffes sind, darüber schweigt

---

Endemann setzt also den verlorenen Sachen die verborgenen in Gegensatz, er übersieht dabei, dass die Eigenschaft eines Schatzfundes ausser jenem Kriterium noch davon abhängt, ob der Eigentümer sich nicht mehr ermitteln lässt. Ist letzteres der Fall, so kann die Sache, wenngleich sie eine verborgene ist, nicht als Schatzfund sondern nur als gewöhnlicher Fund behandelt werden.

das Gesetzbuch. Zur Beurteilung der Frage, ob der Besitz im gegebenen Falle als beendet anzusehen ist, müssen die Erfahrungssätze des täglichen Lebens herangezogen werden. Eine Handhabe giebt dabei wenigstens das Gesetz, indem es in § 856 II feststellt, dass eine „ihrer Natur nach“ bloss momentane oder vorübergehende Aufhebung der tatsächlichen Gewalt den Besitzverlust nicht herbeiführt. „Es kommt also — wie treffend Cosack (Lehrbuch II S. 76) hervorhebt — darauf nicht an, ob nach dem schliesslichen Erfolge der Herrschaftsmangel auf Seiten des Besitzers kurz oder lang dauert, sondern nur darauf, ob nach der Art dieses Mangels von vornherein darauf zu rechnen ist, dass er über kurz oder lang behoben sein werde.“ Daraus ergiebt sich, dass der Besitz noch nicht eingebüsst ist, wenn die tatsächliche Gewalt über die Sache in einem gegebenen Augenblicke fehlt; sondern erst dann, wenn dieser Mangel zu einem festen Zustande wird. Nicht verloren ist demnach der Besitz an den verlegten, den vergessenen, den liegen gelassenen und den Sachen, zu deren Aufbewahrung eine besondere Anstalt getroffen ist, wenn sie auch augenblicklich nicht gefunden werden können. So urteilten bereits die Römer (l 3 S. 13 D 41,2; l. 44 pr. D 41,2). Ebenso ist das Stück Vieh nicht verloren, das vorübergehend in des Nachbars Hof oder Stall gerät. Kehrt es aber nicht zurück, sodass eine dauernde Behinderung vorliegt, dann tritt Besitzverlust ein, *nam pecus simulatque aberraverit . . . ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri (Paulus fr. 3 S. 13 de adqu. vel. am. poss. 41,2.)*

Das eben Gesagte gilt nur hinsichtlich der zahmen Tiere (Haustiere). Das B. G. B. unterscheidet nämlich ausser diesen noch die gezähmten und die gefangenen wilden Tiere. Entläuft ein gezähmtes Tier

z. B. ein Reh, so ist der Besitz, solange es die Rückkehrgewohnheit beibehält, nicht verloren, weil die Ausübung des Besitzes nicht dauernd gehindert ist. Legt es aber die *consuetudo reverdenti* ab, so wird das Tier herrenlos (§ 960 III), der Verlust des Besitzes führt also bei gezähmten Tieren zugleich den Verlust des Eigentums herbei.

Was die gefangenen wilden Tiere anbelangt, so heisst es in § 960 II: „Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgiebt“. Diese Vorschrift ist allerdings für den Eigentumsverlust getroffen, weil damit aber zugleich auch der Besitz verloren geht, so kommt sie indirekt auch bezüglich des letzteren in Betracht.

Ich erinnere, dass ich bereits zu dem Ergebnis gelangt bin, dass eine Sache dann verloren ist, wenn deren Besitz unfreiwillig, d. h. durch Zufall, ohne Absicht, wider und zum mindesten ohne Willen eingebüsst worden ist. Dies ist beispielsweise auch dann der Fall, wenn die Sache einem Besitzdiener verloren geht; man wird sogar weiter gehen müssen und dies selbst dann annehmen, wo sich der Besitzdiener freiwillig der Sache entschlägt. Dies ergiebt sich aus der unselbständigen Stellung des Besitzdieners (über den Begriff unten S. 35 fg). Wie bereits hervorgehoben, muss der Besitz durch Zufall endigen, er darf nicht durch die rechtswidrige Handlung eines andern entzogen sein. Aus dem Begriffe der verlorenen Sachen scheiden ferner die Sachen aus, deren Besitz man freiwillig aufgegeben hat, mögen die Sachen auf Grund eines Anvertrauungsvertrages in fremden Besitz gelangt sein oder mag man sich des Besitzes entledigt haben zugleich mit

der Absicht auch das Eigentum aufzugeben, so dass nun die Sache herrenlos wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn jemand eine alte, unnütz gewordene Sache wegwirft. Nimmt jemand eine solche Sache in Eigenbesitz, so erwirbt er das Eigentum daran (§ 958). Aber auch an herrenlosen Sachen erwirbt der Okkupant kein Eigentum, falls die Aneignung gesetzlich verboten ist oder auch nur das ausschliessliche Aneignungsrecht eines andern verletzt. So wird der Wilddieb, wenngleich er eine herrenlose Sache in Eigenbesitz nimmt, anders wie im gemeinen Recht, nicht Eigentümer des erlegten Wildes (§ 958 II). Oftmals wird man im Zweifel sein, ob man eine herrenlose oder eine verlorene Sache vor sich hat. In einem solchen Falle streitet die Vermutung dafür, dass eine noch brauchbare Sache nicht herrenlos ist, sobald das Gegenteil nicht feststeht, ist sie stets wie eine verlorene zu behandeln. Für die von Reisenden zurückgelassenen Güter, für die see- und strandtriftigen Sachen greift reichsgesetzlich die Vermutung Platz, dass sie von vornherein stets als verloren zu betrachten sind.[1]) Verloren sind ferner die Sachen, die ein Geschäftsunfähiger aufgiebt wie z. B. ein Geisteskranker, ein Kind, weil diese Personen im Rechtssinne keinen Willen haben. Es kann ferner vorkommen, dass selbst voll geschäftsfähige Personen den Besitz einer Sache freiwillig aufgeben, wie beispielsweise die Seeleute in in Seenot und dennoch kann es fraglich sein, ob diese Sachen herrenlos sind. Diese Sachen sind „tatsächlich“ derelinquiert, ob aber die Derelinquierenden auch den Willen hatten, das Eigentum daran aufzugeben, ist eine andere Frage.

---

[1]) Reichsstrandordnung vom 17. V. 1874.
Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands vom 15. XI. 1892.

Schon die Römer urteilten: *Alia est causa carum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa ciciuntur. Hae enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo eici, quo quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat* (l. 48 J 2,1). Ich glaube, dass man auch nach heutigem Recht diese Entscheidung voll unterschreiben kann.[1])[2])

Es können ferner Zweifel entstehen, ob die entdeckte Sache ein Schatz oder eine verlorene Sache ist, wiewohl begrifflich der Unterschied scharf genug präzisiert ist. Eine allgemeine Auslegungsregel lässt sich nicht aufstellen, man kann nur von Fall zu Fall entscheiden und hat dabei die näheren Umstände des Fundes zu berücksichtigen.

Ein weiteres Begriffsmerkmal der verlorenen Sache ist, dass der Verlierer nicht weiss, wo sich die Sache befindet. Die Römer hielten eine Sache dann für verloren, *si id quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit* (l. 25 pr. D. 41,2). In gleicher Weise hielt das Stuttgarter Obertribunal (Seufferts Archiv Bd. 32 No. 307) die Sachen für verloren, die ihrem Eigentümer „unabsichtlich und ohne Kenntnis vom Aufenthalt" der Sache abhanden kommen. In den

---

[1]) Nicht verloren sind die Sachen, die jemand in der Wohnung, dem Laden, dem Gasthause verliert, die also unmittelbar in den Besitz eines andern gelangen. Wollte ein Dritter diese Sachen nehmen, so würde er verbotene Eigenmacht verüben. Diese Sachen können nicht gefunden werden, weil sie nicht im Sinne des Gesetzes verloren sind (Motive III S. 386, 387).

[2]) Zum Verluste einer Sache ist Fahrlässigkeit, wie einige wollen, nicht erforderlich. Sie wird ja oftmals schuld daran sein, ist aber nicht in allen Fällen vorhanden. Trotz der peinlichsten Sorgfalt können bei einer plötzlich eingetretenen Überschwemmung Sachen fortgeschwemmt werden; sie können also verloren gehen und gefunden werden. Aus diesem Grunde sehe ich von diesem Kriterium beim Begriff der verlorenen Sache ab.

meisten Fällen des Verlierens wird sich der Vorgang allerdings unbewusst abspielen, so dass es unmöglich sein wird, die Stelle zu bezeichnen, wo die Sache verloren wurde; manchmal wird man die Stelle annähernd angeben können, es kann sogar vorkommen, dass man die Stelle genau wissen wird und dass dennoch die Sachen als verlorene aufzufassen sind. Ich brauche nur das bereits angeführte Beispiel zu erwähnen, wo in Seenot Sachen ins Meer geworfen werden. Mögen sich die Seeleute noch so genau jener Stelle erinnern, die Sachen sind trotzdem als verlorene zu betrachten. Derjenige, dem in eine tiefe Schlucht oder in ein tiefes Gewässer ein Messer hineingefallen ist, weiss ebenfalls die Stelle, wo er das Messer verloren hat, nur wegen der damit verbundenen Gefahr kann er das Messer nicht heraufbringen. Ist diese Behinderung, wie bereits oben dargetan, eine keineswegs nur vorübergehende, so ist der Besitz an diesen Sachen eingebüsst, weil es dauernd unmöglich ist, die unmittelbare Herrschaft willkürlich zu reproduzieren.

Aus diesen Beispielen erhellt, dass man das in der römischen Gesetzesquelle gegebene Requisit nicht zu eng auslegen darf. Es würde sich vielmehr noch folgender Zusatz empfehlen: Eine Sache ist auch dann verloren, wenn ich deren Ruhepunkt kenne, es mir aber dauernd unmöglich ist, deren Besitz nach Willkür wieder zu ergreifen.[1])

---

[1]) Ich verkenne nicht, dass diesem Zusatz keine grosse Bedeutung beizumessen ist, denn Fälle von derartigen Besitzverlusten werden wohl nicht allzu oft vorkommen; immerhin scheint er mir deshalb nicht unwichtig, weil er eine freiere Interpretation der römischen Quellenstelle zur Voraussetzung hat, also indirekt darauf hinweist, dass man sich nicht sklavisch an das Requisit anklammern darf, sondern den Sinn des Begriffsmerkmals höher stellen muss.

Wir sind somit zu folgender Definition gelangt: Eine Sache ist verloren, wenn ich deren Besitz unfreiwillig eingebüsst habe und nicht weiss, wo die Sache sich befindet; es genügt aber auch, dass ich bei Kenntnis des Ruhepunktes die Sache in meine tatsächliche Gewalt nicht zu bringen vermag.

Es bleibt nun übrig, noch eine letzte Frage bezüglich der verlorenen Sache zu erörtern. Muss die gefundene Sache objektiv verloren gewesen sein oder genügt die subjektive Meinung des Finders, der die Sache[1]) im guten Glauben, aber irrtümlicherweise für eine verlorene hält?

Ich habe bereits erwähnt, dass bei den vergessenen Sachen der Besitz als fortdauernd und stets präsent angesehen wird; dasselbe ist auch bei den Sachen der Fall, die ich irgendwo liegen gelassen habe, um sie später abzuholen. Hält jemand diese Sachen für verloren, und nimmt sie an sich, dann tritt mit diesem Besitzerwerb Besitzverlust auf meiner

---

[1]) Unter Sachen versteht das B. G. B. nur körperliche Gegenstände (§ 90); die Sachen teilt es ein in bewegliche und unbewegliche. Wie es in der Natur der unbeweglichen Sachen liegt, können sie, weil unverbringlich, nicht verloren werden, wenigstens nicht derartig, dass man die Grundsätze über den Fund auf sie anwenden könnte. Dies erhellt schon äusserlich daraus, dass die Vorschriften über den Fund als Unterabteilung unter dem allgemeineren Titel „Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen“ stehen. Verloren gehen und gefunden werden können im Rechtssinne also nur bewegliche Sachen.

Auch auf Rechte sind die Vorschriften über den Fund nicht anwendbar aus dem Grunde, weil Rechte nicht sinnlich wahrgenommen werden können, es sei denn, dass sie in ein Papier inkorporiert sind, dann sind sie aber bewegliche körperliche, Gegenstände.

Ohne weiteres ist klar, dass man nur fremde Sachen finden kann, dass also Verlierer und Finder nicht identisch sein können, damit von Rechten und Pflichten des Finders die Rede sein könnte.

Seite ein. Fraglich ist es und in der Litteratur bestritten, ob auf den Finder solcher Sachen die Grundsätze über den Fund in Anwendung zu bringen sind, vor allem kommt hierbei in Betracht, ob er den Anspruch auf den Fundlohn hat.

Die einen[1]) verneinen das, weil es ihnen zu gewagt vorkommt, das subjektive Ermessen des Finders entscheiden zu lassen, ob eine Sache verloren ist oder nicht. Als weiterer Grund wird angeführt, dass, falls man dies zuliesse, der Finder ungerechtfertigt bereichert würde, weil er dann für seinen Irrtum eine Vergütung (den Finderlohn) erhalten würde.

Andere[2]) dagegen wollen die Stellung des Finders möglichst günstig gestalten und sprechen auch dem Finder vergessener, liegen gelassener Sachen alle Finderrechte zu aber mit der Einschränkung, dass die irrtümliche Meinung des Finders, er habe eine verlorene Sache vor sich, gerechtfertigt sein müsse. Diese Ansicht vertritt vor allem auch Dernburg (Preussisches Privatrecht Bd. I § 232), falls der Finder „mit gutem Scheine, wenn auch vielleicht irrtümlicher Weise, glauben konnte, dass der frühere Inhaber die Sache verloren habe.“

---

[1]) Igen, die rechtliche Stellung des Finders, Diss. Erlangen 1898 S. 13; Freitag, die Besitzverhältnisse an der gefundenen Sache, Diss. Erlangen 1896 S. 13; Weiss, das Recht des Finders, Diss. Göttingen 1891; Gruchots Beiträge zur Erl. des preussischen Rechts Bd. VI S. 456 „der Anspruch auf Finderlohn setzt natürlich vor allem in objektiver Beziehung eine verlorene, d. h. dem Gewahrsam des bisherigen Inhabers entkommene Sache voraus.“

[2]) Schütze (Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. Bd. II, S. 173, Delbrück (Iherings Jahrbücher Bd. III S. 24), Walther, über den Funddiebstahl S. 77, 78; Savigny, das Recht des Besitzes S. 365, 427; Bloede (Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht I 2. Heft S. 7).

Bei einer Vergleichung dieser beiden Ansichten erhellt, dass die erstere sehr einseitig ist. Der Gefahr, die in dem subjektiven Ermessen des Finders liegen soll, beugen die Gegner vor, indem sie verlangen, dass die eventuell irrige Meinung, mag sie auch im besten Glauben gefasst sein, durch die Umstände gerechtfertigt sein müsse und nicht aus der Luft gegriffen sei. Die Vertreter der ersteren Ansicht wollen ferner verhüten, dass der Finder ungerechtfertigt bereichert werde. Dem halte ich die Frage entgegen: Kann der Finderlohn, sowie er im B. G. B. normiert ist, unter Umständen nicht eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellen? Einige beantworten diese Frage in verneinendem Sinne und suchen den Finderlohn als Entgelt für die Mühewaltung und Verantwortung zu „konstruieren." In dieser Konstruktion steckt ein richtiger Kern. Denn der Finder wird — mag seine Mühe noch so gering sein — im Interesse des Verlierers tätig, wozu er rechtlich nicht verpflichtet ist. Da ist es recht und billig, dass ihm ein Entgelt zugesprochen wird. Diese Auffassung passt beispielsweise vollständig für die deutsche Strandungsordnung, wo der Überbringer der ersten Anzeige eine „angemessene" Vergütung, der Berger einen „angemessenen" Bergelohn (§§ 5, 20, 21) erhalten. Wenn aber, wie im B. G. B. ein fester Satz als Finderlohn fixiert ist, so lässt sich obige Auffassung nur teilweise halten, wie die Motive (III S. 381) selbst hervorheben. Es widerstreitet ja dem ökonomischen Elementarsatze, der verlangt, dass der Lohn der Arbeitsleistung (wenigstens annähernd) proportioniert sein muss. Diesem Grundsatze trägt das Gesetz sonst stets Rechnung so z. B. in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher, Sachverständige u. s. w. Es wird wohl also ein be-

sonderer Grund bestimmend gewesen sein, weshalb gerade der Finderlohn anders normiert wurde! Über diesen Zweifel geben die Motive Aufklärung (III. S. 381): „Der feste Satz ist dazu angethan, den Eifer in der Fürsorge für verlorenes fremdes Gut zu befördern und von der Unterschlagung abzuhalten." Noch direkter sagen es die Protokolle (III. S. 263) heraus, dass der Finderlohn „eine Belohnung für die Ehrlichkeit des Finders" ist.[1])

Gegen eine solche Auffassung könnte man in der Tat Bedenken hegen und sie sogar vom ethischen Standpunkte mit gutem Recht als verwerflich bezeichnen. Dagegen kann man aber einwenden, dass im Leben nicht immer ethische Gesichtspunkte massgebend sind. Dass man schon in früherer Zeit nicht viel Neigung zeigte, die Fundsache dem Verlierer zurückzuverschaffen, bezeugt Gratian (II. c. 14 qu. 5 c. 6 und 8): *Sine peccato putant esse, si alienum, quod invenerint, teneant et dicunt: Deus mihi dedit, cui habeo reddere?* Also schon damals dachte der Laie anders wie der Jurist. Heutzutage wird eben im Volke der Finderlohn als eine Vergütung für die Ehrlichkeit be-

---

[1]) Daude (Verhandlungen des 16. Juristentages, Gutachten Bd. I S. 89) sieht im Finderlohn ausser der Vergütung für die Mühe des Finders „gewissermassen eine Entschädigung für den Verlust des — wenn auch nur bedingten — Rechts des Finders auf Eigentumserwerb, welches er bereits durch das Ansichnehmen der Sache erworben hatte." Diese Ansicht ist nur dann gerechtfertigt, wenn in der Mehrzahl der Fälle der Eigentümer sich nicht meldet Wie Daude (S. 91) zugiebt, trifft dies für Preussen zu. Das würde aber nur besagen, dass die Regelung der Fundsachen im preuss. Landrecht dem praktischen Bedürfnis nicht gerecht wurde. Darüber herrschte nichts weniger als eine Meinung, dass das Aufgebotverfahren schwerfällig und kostspielig war, so dass die Kosten — man verliert bekanntlich meistens Sachen, die keinen hohen Wert haben — sehr oft den Wert der Sache überstiegen. Da ist es erklärlich, wenn der Verlierer sich nicht meldete.

trachtet, und aus diesem Grunde ist die in den Motiven wie Protokollen wiedergegebene Auffassung praktisch sehr zweckmässig.

Der mit dieser Auffassung verfolgte Zweck würde dennoch kaum erreicht werden, falls man dem Finder den Finderlohn nur dann zusprechen wollte, wenn er eine objektiv verlorene Sache gefunden hat. Wann ist dann der Finder sicher, ob die Sache, die er bemerkt hat, diese Eigenschaft hat? Woran soll er das erkennen? Ein unredlicher Verlierer könnte dann leicht vorschützen, dass er die Sache liegen gelassen habe und daraufhin den Fundlohn vorenthalten. Diese Unsicherheit könnte so manchen Finder davon abhalten, die Sache in Besitz zu nehmen und falls er dies thäte, ihn zur Unehrlichkeit verleiten; da er des Fundlohnes nicht sicher sein würde.

Alle diese Erwägungen bestimmen mich, der Ansicht beizupflichten, der zufolge es genügt, dass der Finder die Sache für verloren hält, wenn nur seine, möglicherweise irrige, Meinung durch die Umstände gerechtfertigt erscheint.

Daraus folgt, dass man bei der Beurteilung der Frage, ob eine Sache als verloren anzusehen ist, vom Einzelfalle ausgehen muss. Eine erschöpfende Definition der verlorenen Sache, die auf alle möglichen Fälle des Lebens passen würde, erscheint demnach geradezu „aussichtslos.“ Bei solcher Sachlage kann eine Definition, wie die eben gegebene, höchstens die wichtigsten Begriffsmerkmale hervorheben; sie kann also die Beurteilung des Einzelfalls nur erleichtern helfen, und mehr, das sei noch gesagt, will sie auch nicht.[1])

---

[1]) In Anbetracht dessen kann mit Recht Bekker (Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 41) behaupten, dass „eine Schwierigkeit verlorene

Nachdem ich bereits die verschiedenen Begriffsmerkmale des Findens im juristisch-technischen Sinne erörtert habe, bleibt noch übrig, etwas über die Personen zu sagen, welche Finder werden können. Zur Entscheidung wird man davon ausgehen müssen, wer kann Besitz erwerben?

Zum Besitzerwerb genügt nach § 864 die Erlangung der thatsächlichen Gewalt, ein Wille wird also nicht gefordert, wird aber nicht ausgeschlossen und ist beim Besitzerwerb wohl stets in gewissem Masse vorhanden. Da die einseitige Besitzergreifung kein Rechtsgeschäft ist (im Gegensatz zur Übertragung des Besitzes), so braucht auch der Wille kein rechtsgeschäftlicher zu sein und infolgedessen kann das Gesetz an dem Mangel eines solchen Willens keinen Anstoss nehmen. Darum können den Besitz sowohl Kinder wie Geisteskranke erwerben; und damit diese Personen dies könnten, war ja einer der Zwecke, weshalb vom Erfordernis eines Besitzwillens abgesehen wurde. Das eben Gesagte bestätigen auch die Motive (III. S. 85): „Den rechtlich geschützten Zustand der Inhabung können Kinder und Wahnsinnige durch eigene Handlungen herbeiführen, da zu der Herbeiführung desselben eine rechtlich bedeutsame Willenskundgebung nicht erforderlich ist“. Weil das B. G. B. den Besitzschutz an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt knüpft, so geniessen Kinder und Geisteskranke, wenn sie nur

---

Sachen bereiten, darum zumal, weil die Entscheidung der Frage, ob verloren oder nicht, bisweilen nichts weniger als einfach ist.“ Aber weiterhin, (wie aus obigem sich ergeben dürfte) behauptet Bekker zuviel, „dass nämlich, solange die verlorene Sache ungefunden, sie dem alten Besitzer verbleibt und verbotene Eigenmacht daran geübt werden könne.“ Bekker zieht diese Konsequenz nur bezüglich des unredlichen Finders, er müsste sie aber folgerichtig auf den redlichen Finder miterstrecken.

die Sache in ihre tatsächliche Gewalt zu bringen vermögen, auch den Besitzschutz.[1]) Hierbei möchte ich bemerken, dass die Kinder den Besitz nicht aufgeben können, sie können sich allerdings der tatsächlichen Gewalt entledigen, zum Aufgeben des Besitzes ist aber ausserdem die rechtsgeschäftliche Disposition erforderlich und die geht den Kindern wie den Geisteskranken ab.

Die Kinder können also Finder werden. Die Pflichten aber, die dem Finder nach § 965 fg. obliegen, kann man dem geschäftsunfähigen Kinde nicht aufbürden, diese hat vielmehr der gesetzliche Vertreter (Motive III S. 85, 86) des Kindes wahrzunehmen, sobald er von dem Funde Kenntnis erlangt.[2])

---

[1]) Dernburg (Sachenrecht, III S. 55) giebt den Kindern und Geisteskranken nur einen unvollkommenen Besitz, weil ein vollkommenes Besitzverhältnis nur dann vorliegt, wenn der Besitzwille zur tatsächlichen Beherrschung der Sache hinzukommt. Zur Aufstellung solcher Unterscheidungsmerkmale giebt die Besitzlehre des B. G. B. keinen Anlass. Das B. G. B. kennt nur den Besitz schlechthin und nur eine Unterart bildet der Eigenbesitz, für den ein besonderer Wille verlangt wird (Näheres über den Besitzwillen unten S. 31).

[2]) Anderer Ansicht ist Endemann (Lehrbuch Bd. II S. 152 fg.), der zum Besitzerwerbe auch den Willen verlangt, er sagt: „Was ein Verkehrsunfähiger tut oder erklärt, ermangelt absolut der rechtlichen Bedeutung, ob ein Kind oder ein Tier eine Sache ergreift, ist für die rechtliche Beurteilung durchaus gleichbedeutend.“ (Seite 155).

An einer anderen Stelle heisst es (S. 156): „Der Verkehrsunfähige kann den körperlichen Tatbestand selbständig herstellen (ein Kind ergreift eine verlorene Sache), der den Vertreter in die Lage setzt, selbst den Besitzerwerb nachträglich zu vollziehen. Bei willkürlichen Eingriffen eines dritten gegen die bloss von dem Verkehrsunfähigen selbst ergriffenen Sachen steht die Verfolgung zivilrechtlich wegen unerlaubter Handlungen und strafrechtlich wegen Diebstahl zu.“

In diesen eben zitierten Stellen widerspricht sich Endemann, denn einmal ist es gleichbedeutend, ob ein Kind oder ein Tier eine Sache ergreift, ein andermal kann an der vom Kinde ergriffenen Sache eine unerlaubte Handlung oder ein Diebstahl begangen

Ich habe bisher nur den Fall ins Auge gefasst, wo nur eine Person eine Sache findet; bei dem Akte des Findens können aber mehrere Personen beteiligt sein. Ich gehe z. B. mit meinem Freunde spazieren und sehe auf der Strasse in einiger Entfernung einen Gegenstand liegen; mein Freund macht zugleich dieselbe Wahrnehmung, wir wollen nun beide den Gegenstand ergreifen und ergreifen ihn zugleich, dann sind wir beide Finder. Wie ist es aber, wenn bei demselben Sachverhalte mein Freund erst anlangt, wo ich die Sache bereits in Händen habe?[1]) In diesem Falle bin ich allein der Finder. Möglich ist es ferner, dass mein Freund die Sache zuerst erblickt hat und sucht sie durch Laufen zu erreichen, dadurch werde ich aufmerksam und komme ihm zuvor, weil ich schneller laufe oder weil ich ihn sonst hinderte, da ist wohl der Entdecker allein als Finder zu behandeln. Eine positive Vorschrift über den letzterwähnten Fall hatte das sächsische bürgerliche Gesetzbuch im § 241: „Finder (d. h. alleiniger Finder) ist derjenige, welcher einen verlorenen Gegenstand zu ergreifen im Begriffe war, selbst wenn ein anderer ihn daran hinderte, um ihn den Gegenstand zu entziehen.“ Selbstverständlich ist anders der Fall zu beurteilen, wenn ich die Sache zuerst erblickt, aber nicht versucht habe, mich in ihren Besitz

---

werden. Diebstahl ist aber nur an Sachen möglich, die jemand in seinem Gewahrsam hatte. So gewährt Endemann einen Schutz dem Kinde (und konsequent müsste er ihn auch dem Tiere gewähren), er misst somit der Handlung des Kindes rechtliche Bedeutung bei, was es zuerst verneint hatte.

Endemann macht also hier bereits einen Unterschied (wenn auch nur indirekt) zwischen dem Kind und dem Tier und schützt das erstere gegen Diebstahl; weshalb er ihm direkt den Besitz nicht zusprechen will und den damit verbundenen Besitzesschutz, den Grund vermag ich nicht einzusehen.

[1]) So Daude (Gutachten) S. 113, § 12.

zu setzen und der Freund diese Sache ergreift. Da ist wohl der Freund alleiniger Finder, weil ich hier nicht, wie es im sächsischen B. G. B. heisst, „im Begriff war“, die Sache zu ergreifen.

Zu bemerken bleibt noch, dass es für den Begriff des Findens unerheblich ist, ob man die Sache nach vorherigem Suchen gefunden hat oder nicht. In jedem Falle ist das Entdecken der Sache zufällig, weil sonst vom Suchen nicht die Rede sein könnte.

Was den Fundort anbelangt, verdient erwähnt zu werden, dass er in der Regel auf das Finden ohne Einfluss ist. Eine Ausnahme ist nur in § 978 gemacht bezüglich der „in den Geschäftsräumen und den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsanstalt“ gemachten Funde. Die eben erwähnten Unternehmungen verfügen über ein Personal, das zum Betriebe erforderlich ist und welches auf die Ordnung zu achten hat und die Aufsicht führt. Wie Bonitz (Gutachten, 16. Juristentag Bd. I S. 186) hervorhebt, hat sich die Gewohnheit gebildet, dass jeder ehrliche Finder, wenn er den Verlierer nicht kannte, die Sache dem nächsten ihm gegenübertretenden Beamten übergab, der sie wiederum an die Direktion zu weiterer Veranlassung ablieferte. Diese Gewohnheit hat dahin geführt: „dass in solchen Räumen abhanden gekommene Sachen nicht in dem Sinne verloren sind, wie anderweit abhanden gekommene, sondern gewissermassen in sicherem Gewahrsam verbleiben und zurückverlangt werden. Es hat sich die Vorstellung gebildet, die abhanden gekommene Sache sei in einen abgegrenzten, immer kontrollierten Raum gekommen, in dem nichts verloren gehen kann“.[1] [2]

---

[1] Bonitz, Gutachten S. 196.

[2] Hinsichtlich des Anwendungsgebietes des § 978 herrscht

Wird in solchen Räumen eine Sache gefunden, so liegt kein gewöhnlicher, sondern ein qualifizirter Fund vor. Dem Finder liegt die Verpflichtung ob, die Sache unverzüglich an die Behörde abzuliefern; einen Finderlohn hat er dafür nicht zu beanspruchen (§ 978 II).

Streit Plauck (Erl. 1 zu § 978) versteht unter „Verkehrsanstalt" eine Transportanstalt und möchte den § 978 nicht auf Anstalten ausdehnen, „deren eigentlicher Zweck nicht im Transport besteht." — Biermann (Erl. 2 zu § 978) dagegen meint: „Dem öffentlichen Verkehr dient die Verkehrsanstalt auch dann, wenn in ihr ein Verkehr des Publikums, d. h. einer unbestimmten Vielheit bestimmungsmässig stattfindet". Biermann trifft meines Erachtens das Richtige, denn auch bei dieser Interpretation ist eine „organisierte Aufsicht vorhanden (So Motive III S. 387, 388, Dernburg III S. 340). Plaucks Hauptgrund ist der, dass dann das Anwendungsgebiet des § 978 nicht sicher begrenzt ist; ich glaube, dass dies nicht stichhaltig sein dürfte, das Wort „Anstalt" bezeichnet nach Goldschmidt (Handbuch des Handelsrechts I S. 381) einen Gegensatz zu einem geringen Betriebe; in diesem Sinne wird auch die „Verkehrsanstalt" zu interpretieren sein.

Der Begriff „Geschäftsraum" ist auch nicht im engsten Sinne zu nehmen, sondern auch auf die Nebenräume zu beziehen. (Dernburg III S. 340. Anm. 38).

II. Teil.

Der Besitz des Finders nach dem B. G. B.

Ein wesentliches Begriffsmoment des Findens ist, wie ich bereits auf Grund des § 965 ausgeführt habe, die Besitznahme der verlorenen Sache. An diese Besitzergreifung knüpft das Gesetz verschiedene Rechte, aber auch Verbindlichkeiten für den Finder. Dass hierbei nur der ehrliche Finder in betracht kommt, folgt daraus, dass dieser nur seinen Obliegenheiten genügen will. Mit der Besitzergreifung tritt der Finder nur in ein Besitzverhältnis zu der gefundenen Sache, die Art und Weise dieses Besitzverhältnisses ist aber wie im bisherigen so im heutigen Recht bestritten.

Wenn ich diese Frage zugleich unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung zu beantworten versuche, so ergiebt sich vorerst, dass die römischen Quellen, die, wie ich bereits eingangs erwähnt habe, über den Fund nur spärliche Bestimmungen aufweisen, diese Frage direkt nicht beantworten. Ich sehe mich deshalb genötigt, dies mit Zuhilfnahme der Bestimmungen über den Besitz zu versuchen. Zu diesem Mittel griff auch die gemeinrechtliche Literatur, weil sie aber zu keinem einheitlichen Ergebnis bezüglich des Besitzes selbst gelangt ist, so darf es nicht Wunder nehmen, dass auch das Besitzverhältnis des Finders nicht einheitlich beantwortet wurde.

Auf die verschiedenen Ansichten, die über den Besitz im gemeinen Recht herrschten einzugehen, liegt nicht im Zwecke dieser Abhandlung; es mag genügen, wenn ich die zwei wichtigsten hervorhebe. Diese zwei für den Besitz aufgestellten Theorien werden als Subjektivitäts- (auch Willenstheorie genannt) und als Objektivitätstheorie bezeichnet. Der Vertreter der er-

steren ist v. Savigny („das Recht des Besitzes“), der der letzteren v. Ihering („der Besitzwille“); beide sind gleichsam die Mittelpunkte zweier verschiedener Kreise, um die sich die verschiedenen Anhänger gruppieren, wobei der eine mit seiner Meinung dem Zentrum näher, der andere entfernter zu stehen kommt.

Nach der Willenstheorie wird zum Besitzerwerbe ausser dem *corpus*, dem äusseren Tatbestande, noch ein *animus* gefordert und zwar schafft der Wille, die Sache für sich zu besitzen (*animus domini*, auch *animus rem sibi habendi* genannt), juristischen Besitz; wer für einen andern besitzen will, ist *detentor*. Das unterscheidende Merkmal, ob juristischer Besitz oder Detention anzunehmen sei, bildet demnach der *animus*.

Von einer ganz anderen Grundauffassung geht die Objektivitätstheorie aus; sie fusst auf dem Prinzipe, dass der Wille des Einzelnen, was den Besitz anbelangt, gänzlich machtlos und indifferent ist und die Entscheidung nur der objektiven Rechtsnorm zusteht. Letztere kennt nur eine Art des Besitzwillens und, wenn dieser mit der körperlichen Inhabung zusammentrifft, entsteht grundsätzlich Besitz. Erst durch eine Rechtsnorm, die den Besitz abspricht, wird blosse Detention geschaffen, nicht aber deshalb, weil der Detentor einen andern Willen hatte. Wie ersichtlich, ist dieser Theorie zufolge, der *animus* ohne jede Bedeutung.

Welche Stellung dem Finder gemäss der Willenstheorie zukommt, ergiebt sich aus dieser Theorie ohne weiteres. Der Finder (der ehrliche wenigstens) will die gefundene Sache für einen andern besitzen, er kann also nur Detentor sein. Ihering dagegen fasst den Finder („der Besitzwille“, S. 420) als indirekten Stellvertreter oder Ersatzmann auf, der zwar im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handelt, Ihering giebt diesem

Ersatzmann an der gefundenen Sache juristischen Besitz, weil der Finder wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen sichergestellt werden muss. Dem würde ich beipflichten, falls es zutrifft, dass jeder Finder Auslagen auf die gefundene Sache macht. Ich glaube aber nicht, dass dies immer der Fall ist. Sogar im heutigen Rechte, wo der Finder z. B. in anbetracht des Fundlohnes ein Interesse an der Erhaltung der Fundsache hat, bildet dies wohl nicht die Regel. Umsoweniger wird dies bei den Römern vorgekommen sein, wo jedwedes Interesse dafür fehlte, da es nicht als *probe* galt, einen Fundlohn zu verlangen.

Wie man sich auch zu diesen verschiedenen Grundauffassungen stellen mag, das eine steht fest, dass die Savigny'sche Theorie in den Quellen begründet ist und dass ferner der (ehrliche) Finder *alieno nomine detinet.* Übrigens will ich noch bemerken, dass die Frage nach dem Besitzverhältnis des Finders — was Ihering (S. 422) selbst zugiebt — für das gemeine Recht „ohne alles praktische Interesse" geworden ist, weil der Besitzschutz des Detentors (die wichtigste Folge des Besitzes) kaum hinter dem des juristischen Besitzers zurückstand.

Wie das gemeine Recht, so gebraucht auch das B. G. B. zur Charakterisierung des Besitzverhältnisses verschiedene Bezeichnungen: Es kennt ausser dem Besitz einen Eigen- und einen mittelbaren Besitz, ferner kennt es in § 855 ein Verhältnis, bei welchem der Person, welche die tatsächliche Gewalt innehat, der Besitz nicht zukommt, sondern der andern Person, welche diese Gewalt nicht hat.

Im Folgenden will ich nun prüfen, in welche der aufgezählten Besitzarten der Besitz des Finders einzureihen ist.

Mich eng an das Gesetz anschliessend, gehe ich hierbei von dem Verhältnis aus, das im B. G. B. als

„Besitz“ bezeichnet ist und das den Mittelpunkt der ganzen Besitzlehre bildet. Darüber herrschte in der Kommission für die zweite Lesung Einverständnis, dass es nicht anging bei der Vieldeutigkeit des Wortes „Besitz“, diesen Begriff ohne nähere Erläuterung als bekannt vorauszusetzen.[1]) Am passendsten erschien hierfür der Ausdruck „tatsächliche Gewalt“, von dem man meinte, er „werde bei verständiger Gesetzanwendung nicht zu bedenklichen Entscheidungen Anlass geben“.

Eine ausdrückliche Begriffsbestimmung des Begriffes „Besitz“ stellt das Gesetzbuch nicht auf, es begnügt sich vielmehr damit, dass es den Anfangs- und den Endpunkt des Besitzes bezeichnet. Wie der Besitz dadurch erworben wird, dass jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat, so hört der Besitz auf, sobald diese Gewalt tatsächlich nicht vorhanden ist (§§ 854, 856). Das charakteristische Moment für das Wesen des Besitzes bildet also die tatsächliche Gewalt, das *corpus*; der *animus* der nach gemeinem und preussischem Recht ein notwendiges Erfordernis des Besitzes bezw. des Besitzerwerbes war, ist nach heutigem Recht nicht mehr unumgänglich nötig; wenigstens ist ein Besitzwille in das Gesetz nicht aufgenommen, was ausschlaggebend sein muss. Dass dies wirklich der Standpunkt des B. G. B. ist, erhellt aus der Entstehungsgeschichte des § 854 I.

Bereits der Entwurf erster Lesung forderte zur Inhabung nicht immer einen Inhabungswillen, weil man sonst in den Fällen, wo ein Inhabungswille, selbst bei laxer Auffassung dieses Erfordernisses, nicht angenommen werden kann, den possessorischen Schutz versagen müsste und die Inhabung eines Kindes oder

[1]) Protokolle III. S. 29.

Geisteskranken vollständig schutzlos machte.[1]) In der Kommission für die zweite Lesung war zu § 854 I (§ 797) der Zusatz beantragt, „wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben". Dieser Zusatz wurde gestrichen. Die Protokolle (III S. 33) betonen aber ausdrücklich, dass diese Streichung „nicht in der Absicht geschehen sei, den Besitzwillen vollständig zu negieren, sondern nur, weil die Erwähnung des Besitzwillens zu Missverständnissen führen könne, und weil derselbe in einzelnen Fällen nicht vorhanden zu sein brauche". Daraus dürfte sich schon ergeben, dass nach dem B. G. B. ein Wille beim Besitzerwerb nicht ausgeschlossen ist, und er wird bei der Besitzbegründung der Regel nach auch vorhanden sein; aber unstatthaft erscheint es mir, wie es von einigen geschieht, einen besonderen Besitzwillen wieder in das Gesetz hineinzutragen.[2]) In diesem Sinne sagt auch Bekker

---

[1]) Motive, III S. 81.

[2]) Gierke (Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 4, Anm. 4) will einen Besitzerwerb ohne Willen gar nicht anerkennen. Denn „tatsächliche Gewalt" könne man nur durch „ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln" erlangen. Nach Gierkes Auffassung muss also in der tatsächlichen Gewalt *animus* und *corpus* enthalten sein, das sind gerade die Momente der römischen Besitzlehre. Zu einer solchen Interpretation giebt das B G. B., wie sich aus Obigem ergeben dürfte, keinen Anlass. Konsequent fährt Gierke weiter fort: „So kann auch der im Rechtssinne Willensunfähige nach dem Masse seiner tatsächlichen Willensfähigkeit (aber nicht darüber hinaus) Besitz durch eigenes Handeln erwerben." Hier zeigt sich noch klarer der römisch-rechtliche Standpunkt Gierkes; man vergleiche nur die Ansicht des Paulus *(l. 1, S. 3, de adqu. v. am. poss. 41,2): Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ainut: eam enim rem facti non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sunt, ut intellectum capiant.*

Endemann (II S. 152, Anm. 2) meint: „Der Besitzwille muss, wie die Erfahrung aller bisherigen Rechtssysteme bezeugt, als ebenbürtiger Faktor zur Geltung kommen." Die Kinder können deshalb nicht selbständig Besitz erwerben. „Die Fähigkeit durch eigene Handlungen sich eine Rechtsposition zu schaffen, wird nur dem zuerkannt, dessen Einsicht die juristische Bedeutung des Vor-

(Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 29): „Die genaue Unterscheidung von *animus* und *corpus* ist so gut wie wertlos, dagegen die Herstellung eines Zustandes, der dem Ausdrucke „tatsächliche Gewalt" entspricht, unerlässlich". „Ist dieser Anforderung entsprochen — bemerkt Strohal (Iherings Jahrb., Bd. 38, S. 66) — so liegt Besitz vor, selbst wenn seitens des Erwerbenden jede Betätigung des Besitzwillens unterblieben, ja ein solcher Wille nicht einmal gefasst worden ist." Strohal verwahrt sich weiterhin ausdrücklich dagegen, als ob Besitzwille und Betätigung desselben für die Lehre vom Besitzerwerb nach dem B. G. B. „ganz bedeutungslose Dinge" wären, Weil das B. G. B. zum Besitzerwerbe einen besonderen *animus* nicht verlangt, so hat auch die Scheidung des römischen Rechts zwischen Detention und juristischem Besitz für das heutige Recht keine Bedeutung mehr, es giebt fortan nur Besitz schlechthin.

Das einzige gesetzliche Erfordernis des Besitzerwerbs und das wesentliche Merkmal des Besitzes ist die tatsächliche Gewalt. Dieser Begriff wird vom Gesetz nicht näher erläutert, ist aber nicht neu und bereits in der gemeinrechtlichen Literatur bekannt. Man versuchte ihn auch zu erklären, so Savigny (S. 210) „als die physische Möglichkeit auf die Sache einzuwirken und jede fremde Wirkung auf sie zu verhindern", Windscheid (Pandekten, 8. Auflage, S. 153, Anm. 4), dagegen hält den mit „und" beginnenden Zusatz für überflüssig, weil der Besitzer nicht mächtiger zu sein brauche, als alle andern, die ihn vielleicht

---

ganges zu begreifen vermag" (S. 154, 155). Das trifft für das römische Recht zu, aber nicht für das B. G. B.

Wendt (Arch. f. die ziv. Praxis, Bd. 87, S. 42) folgert aus § 855, dass ein bestimmter Besitzwille gefordert werden muss.

Derselben Ansicht auch Dernburg (oben S. 24.)

dejezieren möchten, nur gegenwärtig dürfe keine fremde Macht die seine nicht ausschliessen. Den Protokollen zufolge (III. S. 29) soll das kennzeichnende Moment darin liegen, ob der Besitzer imstande ist, dritte von seinem Machtbereiche auszuschliessen. Abgesehen davon, dass diese Erklärungen sich zum Teil widersprechen, ermangeln sie ferner der nötigen „Bestimmtheit“. Vor allem muss man sich hüten, den Begriff der tatsächlichen Gewalt in rein körperlichem Sinne zu nehmen. Das ist allerdings nicht zu verkennen, dass im geschichtlichen Ausgangspunkte diese Gewalt buchstäblich genommen wurde und also sinnfällig sein musste; man hatte sie damals nur über solche Sachen, die man mit seinen körperlichen Kräften unmittelbar ergriff, hielt und auch schützen konnte. Darauf scheint das deutsche Wort „Besitz“, die römische *possessio* hinzudeuten. Der *lex 1 pr. D. 41,2* zufolge *possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.* In der Folgezeit hielt man nicht an diesem strikten Erfordernisse, sondern wich davon ab und je mehr die Kultur fortschritt, desto mehr wurde dieser Begriff gelockert. Ich brauche nur an die sogenannten Dispositionspapiere im Handelsrecht zu erinnern. Der Inhaber eines solchen Papiers kann über die darin bezeichneten Sachen verfügen, wie wenn er sie in seinem Besitz hätte; es steht also rechtlich der Erwerb des Dispositionspapieres dem Erwerbe des Sachbesitzes gleich. Dies trifft beispielsweise für das Konnossement zu, das der Schiffer dem Ablader über die verladenen Güter auszustellen hat. Die Übergabe des Konnossements an den gemäss der Urkunde zu Empfang Berechtigten hat für den Erwerb von Rechten an den Gütern dieselbe Wirkung wie die Übergabe der Güter (§ 644, H. G. B.).

Daraus ergiebt sich schon, dass der Begriff „tatsächliche Gewalt“ ebenso flüssig und wandelbar ist, wie die Anschauungen des Lebens und des Verkehrs, daraus folgt ferner, dass sich eine feste, alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Regel nicht geben lässt; ergänzend wird hier das richterliche Ermessen aushelfen müssen. Mit Fug und Recht kann deshalb Goldschmidt (Berliner Festgabe für Gneist 1888, S. 64) den Besitz als einen „sozialen Gewaltbegriff“ bezeichnen; an einer andern Stelle (S. 3) sagt derselbe Autor: „Besitz ist so in der Hauptsache allerdings tatsächliche Gewalt (Macht, Herrschaft), aber nicht diejenige, welche der einzelne haben will oder zu haben vermeint, sondern ein Machtverhältnis, welches „dem Gemeinbewusstsein“ als tatsächliche Herrschaft erscheint.[1])

Versuche ich nun diese Ausführungen auf den Finder anzuwenden, so ist danach der Finder zweifelsohne im Besitze der gefundenen Sache. Denn um Finder zu werden, muss er die Sache ergriffen, d. h. die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt haben, und die Erlangung dieser Gewalt ist, wie eben ausgeführt, Voraussetzung des Besitzerwerbes.

Unter den Besitzverhältnissen des B. G. B. habe ich auch den Fall erwähnt, wo jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache zusteht, ihm aber trotzdem das Prädikat „Besitzer“ nicht gebührt. Ist das Besitzverhältnis des Finders etwa ein solches?

---

[1]) Verfehlt ist es den Begriff „der tatsächlichen Gewalt“ streng zu nehmen; wer dies tut, der wird allerdings kein günstiges Urteil über die Regelung der Besitzlehre im B. G. B. fällen können, schon im Hinblick auf die §§ 857, 868 nicht. Aus diesem Grunde haben Ihering (S. 490) und Kuhlenbeck (von den Pandekten zum B. G. B. Bd. II), übrigens ein Anhänger Iherings, vieles zu bemängeln, und das gerade wegen der „tatsächlichen Gewalt.“ Bemerkt sei noch, dass Iherings Kritik sich nur auf den Entwurf erster Lesung bezog.

Der dies Verhältnis behandelnde § 855 lautet: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft, oder in einem ähnlichen Verhältnisse aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des andern Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Hierbei ist der Nachdruck nicht etwa auf das Ausüben der tatsächlichen Gewalt für einen andern zu legen, denn das tut auch der Geschäftsführer, auch nicht darauf, dass der Betreffende „den Weisungen des andern Folge zu leisten hat"[1]), dies trifft unter Umständen auch bei dem Beauftragten zu — der Nachdruck liegt vielmehr darauf, dass jene Gewalt in dem „Haushalt oder Erwerbsgeschäft" des andern geübt wird. Das sind die typischen Beispiele, die den geschichtlichen Ausgangspunkt für ein vom § 855 gefordertes Verhältnis bilden. Für den Hausherrn ist es bekanntlich nicht immer möglich, alle Geschäfte selbst zu besorgen, hierbei unterstützen ihn z. B. Familienangehörige, auch der Diener, der Hausknecht, der Kutscher u. s. w., mit einem Worte das Dienstpersonal. In Fällen dieser Art dient der eine dem andern, weshalb auch Bekker (Iherings Jahrb. 34, S. 42), da eine gesetzliche Bezeichnung fehlt, den Besitzdiener dem Besitzherrn gegenüberstellt. Meistenteils wird diese Bezeichnung ja passen, sie kann aber leicht irreführen, weil man dabei stets an ein Abhängigkeitsverhältnis, wie es zwischen dem Diener und dem Herrn besteht, zu denken geneigt ist. In diesen Fehler verfällt bei-

---

[1]) Bekker (Bd. 34, S. 43) schiebt hier zur Erläuterung ein „sofort" ein. Dem Befehle des Herrn hat der Diener wohl ungesäumt Folge zu leisten, das sofort ist also bereits in der Gehorsamspflicht enthalten.

spielsweise Wendt (Arch. f. civ. Prax., B. 87, S. 42, 66, 68), der eine Art *potestas domestica* des Besitzherrn über den Besitzdiener verlangt. Dies ist meines Erachtens nicht richtig, wie ich es bald durch Beispiele zu zeigen gedenke. Der Dienstmann z. B., der neben mir mein Reisegepäck trägt, ist doch wohl als Besitzdiener aufzufassen und büsst deswegen seine soziale Unabhängigkeit nicht ein. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn ein Gast im Hotel Zeitungen oder Messer, Gabel, Löffel in der Hand hält. Das Abhängigkeitsverhältnis fehlt auch in dem Falle, wo eine Schwester ihrem Bruder in dessen Haushalt aushilft und doch ist dieses Beispiel dem § 855 zu subsummieren.

Mit Recht hebt Endemann (II., S. 133, 134) hervor, dass in diesen Fällen der Besitz des Herrn nicht auf das Abhängigkeitsverhältnis, in dem der Diener steht, sich stützt, sondern dass die Unterordnung auf sozialen Anschauungen beruht. Auch Plauck (Kommentar, Bd. III, Erl. 2 zu § 855) betont, dass die Verkehrsanschauung in erster Linie dafür massgebend ist, ob ein Verhältnis im Sinne des § 855 vorliegt. Dabei ist ferner der Umstand wichtig, dass die Stellung des Besitzdieners so unselbständig ist, dass er bezüglich der innegehaltenen Sache dem Herrn gegenüber keine Rechte hat, insbesondere auch kein Zurückbehaltungsrecht, der Herr ist vielmehr jederzeit befugt, ihm die Ausübung ohne gerichtliche Hilfe zu entziehen.

Das eben Gesagte trifft für alle die Fälle zu, wie sie in einem Haushalte oder Erwerbsgeschäfte vorkommen. Damit ist keineswegs behauptet, dass die im Haushalte tätigen Personen etwa dem Hausstande, d. h. der häuslichen Gemeinschaft, angehören

müssen.[1]) Sie brauchen ferner, um Besitzdiener zu sein, im Haushalte nicht dauernd beschäftigt zu sein, es genügt auch eine vorübergehende Beschäftigung; so ist der vorübergehend angenommene Lohndiener, Koch, Hausknecht u. s. w. ein Besitzdiener trotz der kurzen Dauer des Verhältnisses.[2])

Den Beispielen des Haushalts und des Erwerbsgeschäfts stellt § 855 „ein ähnliches Verhältnis" zur Seite. Durch diesen Zusatz wollte man, wie die Protokolle ausführen (III, S. 32), einer zu engen Ausdehnung des § 855 vorbeugen. Hier kann also nur ein Verhältnis in Frage kommen, welches den Verhältnissen des Haushalts und des Erwerbsgeschäfts darin ähnelt, dass jemand bezüglich der Sache den Weisungen des andern Folge zu leisten hat, ohne dass dem die Gewalt Ausübenden wegen seiner Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Ob ein Verhältnis so beschaffen ist, bestimmt sich wieder nach der Verkehrsanschauung. Hierher wird man demnach zu rechnen haben die landwirtschaftlichen

---

[1]) Plauck III, Erl. 2 zu § 855.

[2]) Kniep (Der Besitz, S. 241) ist der Ansicht, dass nach dem Grundgedanken des B. G. B. die Köchin Besitz an den auf dem Markte gekauften Sachen erwirbt; die Hausfrau hat dabei nur den mittelbaren Besitz, sobald aber die Köchin mit ihren Einkäufen das Haus betritt, kommt § 855 in Anwendung. In gleicher Weise entscheidet Kniep den Fall, wo der Schneiderlehrling von einem Dritten Sachen für den Meister zum Ausbessern bekommt. Diese Auffassung beruht meines Erachtens auf einer Verkennung des § 855, sie führt auch praktisch zu unhaltbaren Konsequenzen. Es schickt z. B. ein Herr den Diener in die Stadt, um Zigarren zu kaufen; ausserhalb seines Hauses kann dann der Herr dem Diener die Zigarren (wenn es der Diener nicht haben will) nicht wegnehmen, denn, weil der Diener Besitzer ist, würde der Herr gegen ihn in diesem Falle verbotene Eigenmacht üben. „Haus" und „Haushalt" sind aber nicht identische Begriffe, ein Geschäft, das vom Diener ausserhalb des Hauses geschlossen ist, kann bekanntlich immer noch zum Haushalt gehören (Protokolle III, S. 32).

Arbeiter hinsichtlich der Geräte des Herrn, die sie zwecks Bearbeitung des Ackers in Händen haben, ebenso die Gesellen, wenn sie in der Werkstätte des Meisters arbeiten, ferner auch die Fabrikarbeiter. Unselbständige Inhaber[1]) sind die Beamten und Soldaten hinsichtlich dessen, was sie vom Staate anvertraut erhalten: Dem Richter steht an den Akten, dem Soldaten an den ihm überlassenen Waffen, Kleidungsstücken, Wäsche kein Zurückbehaltungsrecht zu, er muss sie auf Verlangen jederzeit herausgeben.

Strohal (Jahrb., Bd. 38, S. 12) nimmt unselbständige Inhabung da an, wo sie „nur ganz vorübergehend, nur innerhalb bestimmter Schranken, und nur unter den Augen, unter der Aufsicht[2]) eines zur Wahrung der von ihm gezogenen Schranken jeder Zeit befugten Besitzherrn gestattet ist.“ Strohal weist dies an einer Zahl von Beispielen aus dem Alltagsleben nach. Danach (l. c., S. 11) hat der im fremden Hause weilende Gast unselbständige Inhabung an Messern, Gabeln, Löffeln, ebenso die in einer Gastwirtschaft spielende Kegelgesellschaft an Kegeln und Kugeln, der mit mir fahrende Reisende am Kursbuch, das ich ihm für einige Augenblicke geliehen habe. Der Grundgedanke, der in diesen Beispielen wieder-

---

[1]) Das Verhältnis zwischen dem Herrn und dem Diener bezeichnet Strohal (Iherings Jahrb., Bd. 30, S. 357) als „selbständige und unselbständige“ Inhabung. Dieser Vorschlag passt auf alle Fälle des § 855, könnte demnach besser sein als der „Besitzdiener“ Bekkers; indes ist Bekkers Bezeichnung geradezu typisch für ein Verhältnis des § 855 (sie darf aber nicht zu eng ausgelegt werden) und hat sich auch deshalb eingebürgert.

[2]) Derselben Ansicht ist Vupp (Windscheids Pandekten, 8. Aufl., Bd. I, S. 149, Anm. 1): „Die entscheidende Frage ist, ob demjenigen, welcher die Sache in die Hand bekommt, die volle Gewalt über dieselbe anvertraut ist oder ob die Sache noch der Aufsicht und Einwirkung des Besitzers unterstehen soll.“

kehrt, ist der, dass die unselbständige Inhabung „unter den Augen, unter der Aufsicht“ des Besitzers geübt wird, demnach ist meines Erachtens für Fälle dieser Art die „gleichzeitige“ Aufsicht Erfordernis. Denn es macht einen Unterschied, ob der Dienstmann meinen Koffer neben mir trägt oder ihn allein vom Bahnhofe abholt; im ersteren Falle ist er Besitzdiener, im letzteren, wo er ohne gleichzeitige Aufsicht des Herrn handelt, Besitzer, der wegen seines Lohnes oder seiner Auslagen eventuell ein Zurückbehaltungsrecht am Koffer hat.[1]) In gleicher Weise wird auch der Fall zu entscheiden sein, wenn ein Geselle, der den Stoff vom Meister geliefert bekommt, nicht im Hause des Meisters, sondern in seiner Wohnung arbeitet. Die gleichen Gründe bestimmen Kniep („Besitz“, S. 41) dem Soldaten, der nicht in der Kaserne, sondern in der Stadt wohnt, Besitz an Uniform, Waffen und

---

[1]) Leonhard (Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 65 fg.) sieht die Eigentümlichkeit des § 855 darin, dass jemand Besitzer ist, der die tatsächliche Gewalt nicht hat und (wenn man diesen Gedanken weiterspinnt), dass jemand nicht Besitzer ist, der die tatsächliche Gewalt hat. Leonhard kommt wohl zu dieser Ansicht, weil er die Anfangsworte des § 855 im juristischen Sinne nimmt, dann kommt man dazu:
(„Übt jemand die tatsächliche Gewalt aus ... so ist nur der andere Besitzer)
dass der | |
Besitzer = Nichtbesitzer
ist. Wie Endemann (II., S. 132, Anm. 7) bemerkt, muss man den Nachdruck auf Nichtbesitzer legen, und die Anfangsworte als unjuristisch auffassen — andernfalls kommt man zu dem obigem Absurdum. Daraus folgt ferner, dass tatsächliche Gewalt des § 855 mit der des § 854 nicht zu identifizieren ist, wie dies anscheinend Leonhard thut. Bei solcher Auffassung hält Leonhard nicht für richtig, dass Strohal die Fälle der von Ihering (S. 512) genannten momentanen Detention unter § 855 subsummiert. Leonhard giebt aber selbst zu, dass die praktische Bedeutung des Gegensatzes ziemlich gering ist.

Munition erwerben zu lassen. Diese Ansicht halte ich für nicht zutreffend. An den eben aufgezählten Gegenständen steht nämlich dem Soldaten niemals ein Zurückbehaltungsrecht zu, einerlei ob er in der Kaserne oder in der Stadt wohnt. Abgesehen davon, steht der in der Stadt wohnende Soldat „unter der Aufsicht“ seiner Vorgesetzten, das ist ja eines der Haupterfordernisse der militärischen Disziplin. Diese Betrachtung zeigt, worin der Unterschied zwischen dem letzteren und den vorhergehenden Beispielen liegt; sie zeigt ferner, dass man den Sinn eines Postulats höher stellen muss als den Wortlaut.

Ist die soeben erläuterte Vorschrift auf den Finder anwendbar? Ist mit anderen Worten das Verhältnis des Finders zum Verlierer wie das eines unselbständigen zum selbständigen Inhaber zu beurteilen? Ausgeschlossen ist ein solches Verhältnis nicht; es schickt beispielsweise der Herr seinen Diener, die verlorene Sache zu suchen, findet dieser den Gegenstand, so erwirbt der Herr zweifelsohne Alleinbesitz am Funde, d. h. der Diener ist auch bezüglich der Fundsache nur ein unselbständiger Inhaber. Der eben erwähnte Fall bildet aber nur eine Ausnahme, in der Regel wird dem Finder die Eigenschaft eines Besitzdieners fehlen und grundsätzlich wird deshalb der Finder nicht zum unselbständigen Inhaber des gefundenen Gegenstandes. Der Finder ist vielmehr regelmässig selbständiger Besitzer der Fundsache, was schon daraus erhellt, dass er Ersatz für gemachte Aufwendungen (§ 970), ferner den Finderlohn (§ 971) verlangen kann und dass ihm bis zur Befriedigung dieser Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht (§ 972 mit § 1000) zusteht.

Somit wissen wir bereits, dass der Finder ein selbständiger Besitzer des Fundgegenstandes ist.

Die Stellung des selbständigen Besitzers zur Sache kann aber eine verschiedene sein.

Die vollkommenste Art des Besitzes bildet der Eigenbesitz. Gemäss § 872 ist Eigenbesitzer, „wer eine Sache als ihm gehörend besitzt". Für diese Besitzesart reicht also die nackte tatsächliche Gewaltausübung nicht aus, vielmehr muss dazu noch ein Plus hinzukommen. Dieses Plus erfordert, dass jemand die Sache „als ihm gehörend" besitzen muss. Mithin wird für den Eigenbesitz ein Besitzwille gefordert und zwar in dem Sinne eines *animus rem sibi habendi.* In anbetracht dieses Erfordernisses erscheint es fraglich, ob Geschäftsunfähige Eigenbesitz erwerben können. „Der Verkehrsunfähige — führt Endemann (II., S. 155) aus — kann Eigenbesitz nicht erwerben, denn der Wille die Sache als ihm gehörend zu besitzen, setzt die bewusste Unterscheidung der Art des Besitzens und zwischen Mein und Dein voraus; er kann weder im guten Glauben sein noch selbständig Eigentum ersitzen." Entgegengesetzter Meinung ist Dernburg (III., S. 57), demzufolge auch die Kinder Eigenbesitz erlangen können, „wenn ihre Einsicht und ihr natürlicher Wille es ermöglicht, dass sie eine Sache als ihnen gehörend besitzen." Ich trage kein Bedenken, mich der Ansicht Dernburgs anzuschliessen, weil ein Geschäftsunfähiger sehr wohl zu unterscheiden weiss, ob er eine fremde oder eine eigene Sache in Händen hält. Die Begriffe Mein und Dein gehören ja zu den ersten, welche die Mutter dem Kinde beibringt; so weiss schon das Kind, welche Kleidungsstücke ihm und welche seinem Bruder, welche Spielsachen ihm allein und welche seinen Geschwistern gehören — ob und wann diese Einsicht beim Kinde eintritt, ist allerdings Tatfrage, einem Säuglinge geht diese Kenntnis

ab, dagegen in der Regel nicht einem Kinde unter sieben Jahren.[1])

Betont muss hier werden, dass das Gesetz schlechthin sagt, Eigenbesitzer ist, wer eine Sache als ihm gehörend besitzt und nicht etwa, „wer eine eigene Sache“ . . . . besitzt. Für den Begriff des Eigenbesitzes ist es somit unerheblich, ob er ein Recht zu einem solchen Haben hat; die *opinio domini* braucht er nicht zu haben (§§ 937 II, 955 I, S. 2). So kann auch der Dieb, der sich einen fremden Gegenstand rechtswidrig angeeignet hat, Eigenbesitzer sein.

Der redliche Finder ist kein Eigenbesitzer, weil er weiss, dass er eine fremde Sache in der Hand hält, dass er ferner im Interesse des Verlierers zu handeln hat und dementsprechend handeln will. Ihm liegt die Pflicht ob, die Sache aufzubewahren, den Fund und die Umstände der Polizeibehörde anzugeben, welche zum Ausfindigmachen des Verlieres führen könnten — der *animus domini* geht ihm also ab. Der unredliche Finder dagegen erlangt Eigenbesitz, denn er setzt sich über die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten hinweg, er will die Sache als ihm gehörend besitzen, hat somit den erforderlichen *animus domini.*

Wir haben bereits den Fall ins Auge gefasst, wo zwei Personen in einem Doppelverhältnis zur Sache stehen, wo aber die Stellung des einen so unselbständig ist, dass das Gesetz nur dem andern den Besitz zuschreibt; ausser diesem Doppelverhältnis kennt das B. G. B. ein zweites, wobei beide Personen Be-

---

[1]) Ebenso Fischer-Heule (Handausgabe, 3. Aufl., Erl. 1 zu § 872); anderer Ansicht Matthiass (Lehrbuch II), Biermann (Sachenrecht Kommentar, Erl. 1 zu § 872).

sitzer sind. Der § 868, welcher dies letztere Verhältnis schafft, lautet:

„Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitzer).“

Da nach B. G. B. der Besitz die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist, so ist ohne weiteres klar, dass der Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer Besitzer sind. Dies brauchte das Gesetz nicht besonders hervorzuheben, wohl aber, dass auch dem hinter dem Niessbraucher stehenden Besteller, dem Verpächter, Vermieter, Verpfänder, Hinterleger Besitz zukommt. Für diese letztere Art von Besitzern wird im Gesetzestext die Bezeichnung „mittelbare Besitzer“ eingeführt, für die erstere Art kennt das Gesetz keinen technischen Namen; dem ersteren Terminus würde eigentlich das Korrelat „unmittelbare Besitzer“ entsprechen; damit wird aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass hinter dem unmittelbaren noch ein mittelbarer Besitz existiert. In der Literatur suchte man deshalb diese Art von Besitzern zu verdeutlichen als Unterbesitzer (das Korrelat dazu ist Oberbesitzer, so Cosack Lehrbuch, Bd. II, S. 163), als Besitzmittler (Endemann II, S. 125), als beschränkte oder Lehnbesitzer (Gierke Fahrnisbesitz, S. 6, Anm. 10), als Zeitbesitzer (Gegensatz — Dauerbesitzer, so Kniep, „der Besitz“, S. 16), schliesslich als Fremdbesitzer (Gegensatz — Eigenbesitzer, so Dernburg III, S. 45). Gegen letztere Bezeichnung wäre einzuwenden, dass der mittelbare Besitz nicht immer Eigenbesitz zu sein

braucht, so beispielsweise nicht der mittelbare Besitz zweiten, dritten u. s. w. Grades (§ 871).

Mit diesem mittelbaren Besitz ist das Besitzrecht des B. G. B. um ein Institut bereichert, denn diese Besitzart kannte das alte Recht nicht, wenngleich es auch dort an Anklängen, die an diesen Besitz erinnern, nicht fehlte. Das ältere deutsche Recht kannte über der Pacht oder Lehngewere eine Eigengewere,[1]) das allgemeine preussische Landrecht kannte einen vollständigen und einen unvollständigen Besitz. „Durch Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen andern wird der vollständige Besitz des bisherigen Besitzers fortgesetzt (I. 7, § 124).

Die Frage, was unter mittelbarem Besitz zu verstehen ist, ist in der Literatur bestritten. Nach der einen Ansicht ist der mittelbare Besitz nur ein fiktiver mit beschränkten Besitzfolgen, nach der andern ist er wahrer Besitz.

Der Hauptvertreter der ersteren Ansicht ist Wendt („Der mittelbare Besitz" im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 87).

Die Aufstellung des mittelbaren Besitzes stört nach Wendts Auffassung die Harmonie der Besitzlehre des B. G. B. und bedeutet einen „Rückfall in die anscheinend verlassenen Bahnen des römischen Rechts" (S. 42). Der mittelbare Besitz ist nämlich kein natürlicher Besitz, sondern nur eine Anomalie, eine Fiktion (S. 49). Diesem Besitz geht alles das ab, was den Besitz überhaupt ausmacht, er ist ein Besitz, der sich in dem obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler und dem Schutze des § 869 erschöpft. Wendt (S. 48) sagt bezüglich des mittelbaren Besitzes weiter: „Wer den Tatbestand und die Rechtsfolgen

[1]) Gierke (S. 8, Anm. 17).

des Besitzes zergliedern, wer für die Theorie das Wesen des Besitzes feststellen will, darf dabei auf den mittelbaren Besitz überhaupt keine Rücksicht nehmen, sondern muss denselben als etwas dem Besitzrecht Fremdes ganz isolieren, als eine Besonderheit, welche den übrigen Bestimmungen ganz inkommensurabel ist und mehr unter dem Strich als über dem Strich steht."

Liest man Wendts Ausführungen, so klingt es befremdend, dass im B. G. B. für ein Institut mit solch beschränktem Inhalt, das zum Besitz nicht einmal im Verhältnis der Ausnahme zur Regel steht, die Bezeichnung „Besitz" eingeführt wird. Wendt (S. 48) macht selbst die Bemerkung, dass man den mittelbaren Besitz leicht unzweideutiger hätte ausdrücken können.

Meines Ermessens verkennt Wendt das Wesen des mittelbaren Besitzes. Gegen die Auffassung des mittelbaren Besitzes als einer Fiktion spricht schon der Gesetzestext selbst: Die betreffende Stelle lautet, „so ist auch der andere Besitzer", wenn es sich um eine Fiktion handelte, würde es, wie Gierke (Verhandl. des 24. Juristentages, Gutachten, Bd. III, S. 36) hervorhebt, heissen, „so gilt auch der andere als Besitzer." Aber auch bei dieser Fassung hätte der andere eben Besitz und keineswegs einen *ad unam tautum causam* (Wendt, S. 71) eingeschränkten; es müssten vielmehr alle Bestimmungen über den Besitz schlechthin auch auf den mittelbaren Besitz ausgedehnt werden.

Wenngleich in allen Fällen dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren ein (wenn auch kein fälliger) Herausgabeanspruch zusteht, so kann in diesem Anspruch keineswegs das Wesen des mittelbaren Besitzes gefunden werden. Der mittelbare Besitz ist nämlich einerseits möglich, obwohl ein solcher

Herausgabeanspruch nur vermeintlich besteht (darüber unten S. 49), andererseits kann er durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes verloren sein, der obligatorische Herausgabeanspruch aber bestehen bleiben.[1]) Man müsste ferner auch den Eigentümer, dem die Sache gestohlen worden ist, auch zum mittelbaren Besitzer stempeln.[2]) Einen Anspruch auf Herausgabe der gekauften Sache hat z. B. der Käufer gegenüber dem Verkäufer, der die Sache für den ersteren einstweilen verwahrt; mittelbaren Besitz vermittelt deshalb der Verkäufer dem Käufer noch nicht, damit dies der Fall sei, müsste, wie sich aus § 930 ergiebt, zwischen ihnen ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 vereinbart werden.

Dass ferner § 869 die Folgen des mittelbaren Besitzes nicht erschöpft, folgt aus § 1006 III, demzufolge die Eigentumsvermutung zu Gunsten des Besitzers, falls ein mittelbarer Besitzer vorhanden ist, für diesen Platz greift.

Der Grundgedanke, auf dem die Wendt'sche Abhandlung basiert, ist der, dass der mittelbare Besitz an sich kein Besitz ist. Wem will aber Wendt damit den den Besitz absprechen? Die vom B. G. B. als mittelbare Besitzer bezeichneten Personen hatten ja schon zur Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechts den juristischen Besitz inne; dort bestand schon „ein Verhältnis, vermöge dessen . . . .“ zwischen dem Mieter, Pächter, Verwahrer u. s. w. und den andern; diesen „andern“ stand auch ein Herausgabeanspruch zu, und er konnte auch zediert werden; die andern hatten keineswegs einen nur subsidiären Schutz, auf den Wendt den mittelbaren Besitzer des B. G. B. beschränken

---

[1]) Plauck, Erl. 2 zu § 868.
[2]) Biermann, Erl. 1 zu § 868.

will (S. 49). Im gemeinen Recht war aber nur der eine Teil Besitzer, nämlich der heutige mittelbare Besitzer, im heutigen Recht dagegen sind es beide Teile zu gleicher Zeit. Darin liegt gerade die Neuerung des B. G. B., dass der römischrechtliche Detentor zum Besitzer heraufgerückt ist.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung dem mittelbaren Besitzer der Besitz zugesprochen ist, und dies muss allgemein gelten, weil keine vom Besitz handelnde Vorschrift ausdrücklich auf den unmittelbaren Besitz beschränkt ist. In diesem Sinne sagt auch die Denkschrift (S. 115): „Nach dem Sprachgebrauche des Entwurfes ist unter Besitz im allgemeinen nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz zu verstehen.“ Darin hat Wendt (S. 50, 51) allerdings Recht, dass nicht alle gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz im allgemeinen auf den mittelbaren Besitz anwendbar sind. Man wird deshalb im Einzelfalle zu prüfen haben, ob „nicht ein besonderer Grund zu restriktiver Interpretation nötigt.“[1])

Wir sind somit zu dem Ergebnisse gelangt, dass im § 868 ein wirklicher Doppelbesitz an einer Sache geschaffen worden ist. Welches sind aber die charakteristischen Merkmale eines solchen Doppelverhältnisses zur Sache?

Die Definition, die in § 868 aufgestellt ist, ist nicht abstrakt formuliert; es werden einige Beispiele angeführt, im übrigen überlässt das Gesetz der Wissenschaft und Praxis den leitenden Gedanken herauszusuchen und damit das Anwendungsgebiet festzustellen.

---

[1]) Gierke, S. 7, Anm. 15; ebenso Bekker (Bd. 34, S. 68); Fischer-Heule, Anm. 4 zu § 868.

Es wird gefordert:

1. Dass jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichem Verhältnisse besitzt, und dass er ferner auf Grund dieses Verhältnisses

2. auf Zeit zum Besitze der Sache berechtigt oder verpflichtet ist.

Diese fünf ausdrücklich aufgezählten Personen ähneln sich darin, dass sie auf Grund eines konkreten Verhältnisses den andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt, beziehungsweise verpflichtet sind. So besitzt der Pächter die gepachtete Sache auf Grund des mit dem Pächter vereinbarten Pachtvertrages, der Mieter auf Grund des Mietvertrages, der Verwahrer auf Grund des mit dem Hinterleger geschlossenen Verwahrungsvertrages u. s. w. Aus diesen gesetzlichen Beispielen ergiebt sich, dass zwischen den beiden Teilen stets ein Rechtsverhältnis vorhanden ist, kraft dessen der Besitzmittler den Besitz dem mittelbaren Besitzer vermittelt. Man kann somit sagen, dass das Rechtsverhältnis der eigentliche Träger, das Band zwischen den beiden Teilen ist; Endemann (II. S. 126) nennt es sogar „die Ersatzfunktion für die tatsächliche Gewalt", welche der nunmehr mittelbare Besitzer dem Besitzmittler überlassen hat.

Damit ist noch keineswegs behauptet, dass dies Verhältnis ein rechtlich giltiges sein müsse, wie dies Wendt (S. 45), Grützmann (Wirkungen des Besitzes im Sächsischen Archiv, Bd. 8, S. 329), Bartels (Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B. in Gruchots Beiträgen, Jahrgang 42, 1898 (S. 659), verlangen. Ich glaube nicht, dass § 868 zu dieser Auffassung nötigt. Dort heisst es: „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher", so vermittelt er dadurch den mittelbaren

Besitz demjenigen, welchem gegenüber er auf Zeit zum Besitze berechtigt ist. Klar ist es danach, dass, wenn der Eigentümer den Niessbrauch bestellt hat, er der mittelbare Besitzer ist. Fraglich ist aber dann der Fall, wenn der Besteller des Niessbrauchs nicht zugleich Eigentümer der Sache ist, denn hier kann der mittelbare Besitz dem Besteller oder dem Eigentümer zukommen. Die Mehrzahl der zweiten Kommission war der Ansicht, dass dann mittelbarer Besitzer derjenige ist, den der Niessbraucher als solchen anerkennt. Danach gebührt dem Besteller der mittelbare Besitz. Ausserdem betonen die Protokolle (III, S. 219 fg.) ausdrücklich, dass ein objektives Rechtsverhältnis nicht erforderlich sei. In diesem Sinne sagen auch die Motive (III, S. 99), „dass zur Aufklärung der wirklichen Willenslage nur der vorgestellte Bestand eines das Behalten rechtfertigenden Rechtsverhältnisses erforderlich ist und nicht etwa die Besitzfrage von der Rechtsfrage abhängt, ob giltig verpfändet oder vermietet ist." Auch in solchen Fällen ist nämlich das Rechtsverhältnis vorhanden, also ist die tatsächliche Grundlage für den mittelbaren Besitz gegeben.[1])

Wie wir bereits gesehen haben, ist ein konkretes Rechtsverhältnis Voraussetzung des mittelbaren Besitzes. Fassen wir die im § 868 namentlich angeführten Beispiele noch einmal näher ins Auge, so ersehen wir noch eine zweite Ähnlichkeit unter ihnen, dass nämlich der Besitzmittler in diesen Beispielen seine Befugnis zum Besitze von dem andern überkommt.[2]) So wird dem Niessbraucher sein Besitz vom Besteller, dem Pächter vom Verpächter, dem Mieter vom Vermieter, dem

---

[1]) So Plauck, Erl. 2 zu § 868; Biermann, Erl. 1 zu § 868; Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, S. 71.

[2]) Strohal, Bd. 38, S. 20; Plauck, Erl. 2 zu § 868.

Verwahrer vom Hinterleger und dem Pfandgläubiger vom Verpfänder überlassen. Dieses Kriterium verallgemeinert Endemann (II, S. 126, 127) in dem Sinne, dass der mittelbare Besitz niemals originär aus der Handlung des Besitzergreifers entstehen könne. Damit dürfte wohl zu viel gesagt sein. Wird z. B. ein Niessbrauch an einem landwirtschaftlichen Gute bestellt, so wäre der Besteller mittelbarer Besitzer nur derjenigen Sachen, die bei der Bestellung vorhanden waren, keineswegs aber der neu angeschafften. Dies entspricht nicht dem Sinne des Gesetzes, würde auch praktisch zu unhaltbaren Consequenzen führen.

Ausser den namentlich aufgezählten Beispielen soll nach Massgabe des § 868 auch ein ähnliches Verhältnis genügen. Es kommt also vor allem darauf an, was darunter zu verstehen ist. Meines Erachtens sind die charakteristischen Merkmale, die wir an der Hand der gesetzlichen Beispiele des § 868 herausgefunden haben, wohl auch auf alle die Fälle auszudehnen, wo ein ähnliches Verhältnis vorliegen soll.

Zu den Besitzmittlern ist demnach beispielsweise der Entleiher zu zählen, ebenso der Unternehmer und der Beauftragte, falls ihnen fremde Sachen zur Bearbeitung oder zur Geschäftsbesorgung überlassen worden sind; [1]) ferner der Frachtführer bezüglich des

---

[1]) Wie verhält es sich in dem Falle, wo der Beauftragte die Sache erst von einem dritten erhalten hat? Hier fehlt nämlich das Kriterium, dass der Beauftragte den Besitz vom Auftraggeber ableitet; immerhin liegt aber ein Verhältnis vor, vermöge dessen der Beauftragte dem Auftraggeber zur dereinstigen Herausgabe, also auch zur einstweiligen Verwahrung verpflichtet ist. Dieser Fall ähnelt dem, wo ein Testamentsvollstrecker, ein Vormund, ein gerichtlich bestellter Verwalter beim Niessbrauch Sachen von einem dritten erhalten. Sobald diese Personen unmittelbaren Besitz erlangen, in demselben Augenblicke entsteht der mittelbare Besitz für die Erben, Mündel u. s. w. Andernfalls wäre der Erbe oder der Mündel

bei ihm aufgelieferten Frachtgutes (§ 440, G. G. B.). Hierher gehört auch der Fall des § 7 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896, wonach an den vom Kommissionär für fremde Rechnung angekauften Wertpapieren das Eigentum mit der Absendung des Stückeverzeichnisses auf den Kommittenten übergeht und für den Kommissionär hinsichtlich der in seinem Gewahrsam verbliebenen Stücke die Pflichten eines Verwahrers entstehen. Alle bisher ins Auge gefassten Beispiele haben das gemeinsam, dass sie auf einem privaten Abkommen zwischen den Beteiligten basieren. Dies ist aber nicht unbedingt nötig, das Rechtsver-

---

mittelbarer Besitzer nur der Sachen, die sich bei der Übernahme der Vormundschaft in dem Mündelgute befunden hätten, insbesondere könnte er die neu angeschafften Sachen nicht ersitzen. In allen diesen Fällen liegt insofern eine Ähnlichkeit mit der Miete oder der Pacht, als der unmittelbare Besitzer auf Grund eines dem mittelbaren Besitzer gegenüber wirksamen Verhältnisses den Besitz erlangt (Strohal Jahrb., Bd. 38, S. 23) und als letzterer dadurch zum mittelbaren Besitz wird.

Unerheblich ist es dabei, ob ein Spezial- oder Generalmandat vorliegt (Bartels, S. 668). Bereits in der gemeinrechtlichen Praxis reichte ein Generalmandat als Besitzwille aus und es brauchte der Herr von der Ausführung Kenntnis nicht zu haben (Seufferts Archiv, Bd. 5, Nr. 106, Bd. 2, Nr. 135, X., 134). Es ist auch nicht abzusehen, was für ein Unterschied bestehen sollte zwischen dem Falle, wo jemand speziell den Auftrag bekommt, eine bestimmte Sache zu kaufen oder generell bezüglich dessen, was er bei der Verwaltung eines Vermögens für nötig erachtet. (Reichsgerichts-Entscheidung XIX, S. 250).

Ferner ist es zur Entstehung des mittelbaren Besitzes nicht entscheidend, wie Plauck es will (Erl. 2 zu § 868), ob der Beauftragte ausdrücklich im Namen des Auftraggebers gehandelt hat oder nicht. So entschied bereits das Reichsgericht (Bd. XI, S. 128, Band XXX, Seite 142).

Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag ist der Fall insofern anders, als ein Rechtsverhältnis nicht vorliegt. Da wird wohl der mittelbare Besitz erst mit der Genehmigung des Geschäftsherrn erlangt (Endemann II, S. 163).

hältnis kann nämlich durch eine gesetzliche Bestimmung oder durch gerichtliche Einweisung ersetzt werden, wie dies aus dem in § 868 ausdrücklich angeführten Beispiele der Verpfändung erhellt. Das Pfandrecht kann, wie bereits erwähnt, auf privatem Abkommen beruhen, aber auch kraft des Gesetzes entstehen; ein solches Pfandrecht steht beispielsweise dem Vermieter an den eingebrachten Sachen des Mieters für rückständige Forderungen aus dem Mietverhältnisse zu (§ 559). Auch in diesem Falle ist der Pfandgläubiger ein Besitzmittler, denn das Gesetz spricht vom Pfandgläubiger schlechthin. Hierher gehört ferner der Besitz des Ehemanns an dem eingebrachten Gute der Ehefrau bei dem gesetzlichen Güterrechte (§ 1373), der Besitz der Eltern am unfreien Vermögen ihrer Hauskinder (§§ 1649, 1686), des Konkursverwalters an der Konkursmasse (§ 117, K. O.).

Bemerken möchte ich noch, dass mit diesen Beispielen, die ich herausgegriffen habe, das Anwendungsgebiet des § 868 bei weitem nicht erschöpft ist.

Wenn man den mittelbaren Besitz (Oberbesitz) dem Besitz des Besitzmittlers (Unterbesitz) gegenüberstellt, so ergeben sich wesentliche Unterschiede: Der Unterbesitz ist im Vergleich zum Oberbesitz von kürzerer Dauer; ferner wird der Oberbesitz durch den Unterbesitz nicht etwa aufgehoben, sondern nur beschränkt. Fällt diese Beschränkung fort, so stellt sich der Oberbesitz in vollem Umfange wieder her, ähnlich wie es beim Eigentum der Fall ist, falls ein begrenzendes Recht wegfällt.[1]) Hierbei habe ich nur den Regelfall im Auge, wo der Oberbesitz zugleich Eigenbesitz ist. Dies ist nicht immer der Fall, so z. B. dann nicht, wenn ein Mieter ein Zimmer der

[1]) Strohal, Bd. 38, S. 19; Dernburg III, S. 65.

gemieteten Wohnung weiter vermietet. Hier ist auch der Mieter dem Untermieter gegenüber mittelbarer Besitzer (§ 871), wiewohl er kein Eigenbesitzer ist. Theoretisch steht dem nichts im Wege, dass man dieses Beispiel weiterspinnt und so mittelbaren Besitz entfernteren Grades schafft; doch praktisch wird dies wohl zu den Seltenheiten gehören.[1])

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist das, dass der Oberbesitzer regelmässig einen Herausgabeanspruch gegen den Unterbesitzer hat, wenn dieser zur Zeit auch noch nicht fällig ist (§ 870).[2])

Wie ist nun das Verhältnis des Finders zum Verlierer zu beurteilen? Entsteht etwa mittelbarer Besitz des letzteren dadurch, dass ein Finder die Sache in Besitz nimmt? Wie über das Wesen des mittelbaren Besitzes in der Literatur Meinungsverschiedenheiten herrschen, so ist nicht minder auch diese Frage bestritten.

---

[1]) Es ist ersichtlich, dass der Ausgangspunkt eines Falles im Sinne des § 868 stets der Oberbesitz ist. In § 868 ist gerade die umgekehrte Fassung gewählt. An erster Stelle werden Beispiele für die Unterbesitzer angeführt und erst hinterher die Oberbesitzer. Wie Endemann vermutet, ist dies vielleicht deshalb geschehen, weil für das Besitzrecht des B. G. B. die tatsächliche Gewalt den Ausgang bilden soll (II, S. 125, Anm. 2).

[2]) Leonhard (S. 48 unten) stellt die Behauptung auf, dass der Besitzmittler stets auf Kosten des fremden Vermögens den Besitz erwerbe und deshalb der mittelbare Besitzer immer ein Opfer bringe. Hiermit zieht Leonhard in den Besitz einen Gesichtspunkt hinein, auf den Ihering vor allem grosses Gewicht gelegt hat, nämlich den wirtschaftlichen. „Besitz ist dasjenige Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist“ (Besitzwille, S. 481). Dennoch hielt man es für richtiger, die tatsächliche Gewalt in die Besitzlehre aufzunehmen, als dem Vorschlage Iherings zu folgen. (Protokolle III., S. 29.) Schon deshalb dürfte es unstatthaft sein, diesen Gesichtspunkt zu betonen, der ferner für alle Fälle nicht einmal zutreffend ist. Bringt mein Freund z. B. ein Vermögensopfer, wenn ich aus Gefälligkeit seine Bücher und unnötigen Kleidungsstücke aufbewahre.

Der einen Ansicht zufolge vermittelt der Finder durch die Besitznahme der Sache dem Verlierer den mittelbaren Besitz; eine beträchtliche Anzahl von Gelehrten ist aber gegen die obige Auffassung.

Vertreter der ersteren Ansicht sind: Wendt (S. 62), Dernburg (III, S. 64), Bartels (S. 667, 668), Bekker (Bd. 34, S. 41), Müller und Meickel (Bürgerliches Recht I, S. 455), Männer (Das Recht der Grundstücke, S. 96, Anm. 5), Kniep (Der Besitz des B. G. B., S. 152), Windscheid-Kipp (Pandekten I, 8. Aufl., S. 698).

Die entgegengesetzte Ansicht vertreten: Strohal (Bd. 38, S. 22), Leonhard (S. 71), Gierke (S. 7), Biermann (Sachenrecht, S. 19), Endemann (II, S. 126), Plauck (III, S. 56), Lehmann (Das bürgerliche Recht II, S. 14), Fischer-Heule (Handausgabe, Erl. II zu § 868).

Wie wir bereits gesehen haben (oben S. 30), herrschte im gemeinen Recht über den Besitz des Finders Streit, das B. G. B. lässt — wie Wendt (S. 62) meint — darüber einen Zweifel gar nicht aufkommen. Man braucht nur zu lesen:

§ 966. „Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet und hat damit bereits die gesuchte Antwort erhalten." Nach der Auffassung Wendts sind also in dem Besitz des Finders alle Momente enthalten, welche § 868 erheischt und deshalb kommt Wendt (S. 62 fg.) zu folgendem Schlusse: „Neben dem Besitz des Finders steht also der mittelbare Besitz des Verlierers oder Eigentümers, obwohl ja nicht eigentlich der Finder den Besitz von diesen ableitet. Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass das Verlieren und Abhandenkommen einer Sache zwar den bisherigen Besitz aufhebt, nach § 856 (Verlust der tatsächlichen Gewalt über die Sache), dass aber das Finden denselben in gewissem Masse wiederherstellt, wenn schon

nur als mittelbaren Besitz, getragen durch den Besitz des Finders."

Wie also ersichtlich, bildet die Grundlage für Wendts Ansicht der § 966.[1]) Diesem Paragraphen zufolge ist der Finder zur Verwahrung der Fundsache verpflichtet, die Verwahrung gehört aber ferner zu den gesetzlichen Beispielen des § 868 und infolgedessen identifiziert Wendt den Begriff der Verwahrung hier wie dort. Noch deutlicher als Wendt spricht dies Kipp aus (I, S. 698): „Dem Finder, der zur Verwahrung der Sache, also zu deren Besitz verpflichtet ist, steht der Verlierer als mittelbarer Besitzer zur Seite." Weiter als die oben zitierten Autoren geht Kniep (S. 166, 167), der den Kern eines von § 868 geforderten ähnlichen Verhältnisses in dem Begriffe der Verwahrung erblickt. Kniep giebt zwar zu, dass die in § 868 ausdrücklich angegebenen Beispiele auf einem Rechtsgeschäfte beruhen, hebt aber andrerseits hervor, dass § 868 keineswegs stets ein Rechtsverhältnis verlange, da weiterhin das Gesetz nur von einem „ähnlichen Verhältnisse" spreche. Ein ähnliches Verhältnis sieht Kniep in der Geschäftsführung, er rechnet den Geschäftsführer zu den Besitzmittlern, da er ja fremde Sachen in seine Verwahrung, seine Obhut nimmt; finden ist nach Kniep nur eine besondere Art der Geschäftsführung und ausserdem eine Verwahrung im weiteren Sinne (S. 152, 153).

Dem möchte ich entgegenhalten, dass anlangend das ähnliche Verhältnis, das B. G. B. darunter stets ein Rechtsverhältnis versteht, wie dies aus § 930 erhellt, wo es heisst: „Ist der Eigentümer im Besitze

---

[1]) Dieser Paragraph ist wohl auch für Dernburg (III, S. 64) ausschlaggebend: „Nimmt sie (die verlorenen Sachen) ein dritter für den Verlierer in Verwahrung, so bleibt diesem der mittelbare Besitz."

der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.“ Hier ist also unzweideutig ausgesprochen, dass § 868 stets ein Rechtsverhältnis erfordert. Also spricht dieser Grund gegen eine Auslegung des § 868 im Sinne Knieps. Darin hat Kniep allerdings nicht unrecht, dass der Finder mit der Besitzergreifung eine unbeauftragte Geschäftsführung übernimmt. Im Gesetzbuch ist dies aber nirgends gesagt und den Motiven (III, S. 376) zufolge wollte man die Frage offen lassen. Dieser Frage kann schon deshalb nicht viel Bedeutung zukommen, weil im B. G. B. die Rechte und Pflichten des Finders besonders geregelt sind und die Vorschriften über die Geschäftsführung höchstens ergänzend eintreten können.

Wie bereits dargethan, ist der Hauptgrund, weshalb Wendt und andere den Finder dem Verlierer mittelbaren Besitz vermitteln lassen, der, dass sie in dem Finder einen Verwahrer erblicken. Indem ich auf diesen Hauptgrund näher eingehe, sehe ich zunächst von dem eben hervorgehobenen Erfordernis des § 868 ab, wonach zwischen den Beteiligten stets ein konkretes Rechtsverhältnis vorhanden sein muss.

Für jenen Hauptgrund Wendts spricht allerdings der Umstand, dass einerseits § 966 dem Finder die Verwahrungspflicht auflegt, und dass andrerseits in § 868 die Verwahrung direkt zum Mittlerbesitz gestempelt wird. Allem Anschein nach ist also die Ansicht Wendts gerechtfertigt. Ist aber der Begriff der Verwahrung in § 966 mit dem in § 868 identisch? Ich glaube nicht. Um diese Ansicht zu begründen, gehe ich von § 868 aus. Ich erinnere, dass § 868 erfordert:

1. Dass jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger u. s. w. oder in einem ähnlichen Verhältnisse besitzt, und dass er ferner auf Grund dieses Verhältnisses

2. auf Zeit zum Besitze der Sache berechtigt oder verpflichtet ist.

Das Gesetz sagt berechtigt oder verpflichtet, es kann also jemand nur berechtigt oder nur verpflichtet sein; freilich entspricht jedem Recht eine Pflicht, wie umgekehrt, und „die Pflicht zum Besitze — sagt Leonhard (S. 73) — ist neben dem Recht zum Besitze ein wichtiges Merkmal des mittelbaren Besitzes.“[1]) Beim Finder dagegen liegt der Fall so, dass er ein Recht, aber keine Pflicht zum Besitze hat; es steht ihm ja frei, die Fundsache jederzeit an die Polizeibehörde abzuliefern (§ 967) und auf Anordnung der Polizei ist er sogar dazu verpflichtet. Beim Finder ist also die Pflicht zur Verwahrung mit der Pflicht zum Besitze nicht identisch. Dieser Fall steht aber nicht einzig da. Ein Bankier z. B. ist zur Verwahrung der

[1]) Leonhard glaubt, dass, weil in § 966 nur von Verwahrung die Rede ist, der Finder zur persönlichen Verwahrung nicht verpflichtet sei, vielmehr die Sache auch einem dritten übergeben könne, wozu der eigentliche Verwahrer nur dann berechtigt sei, wenn es ihm ausdrücklich gestattet ist (§ 691). Diese Folgerung Leonhards dürfte unzutreffend sein, denn wenn etwas vom Gesetz nicht direkt verboten ist, so ist es deshalb keineswegs schon geboten, ausserdem spricht die Folgerung gegen den oben zitierten Satz Leonhards; denn der Pfandgläubiger ist ebenfalls nur zur Verwahrung verpflichtet (§ 1215), also könnte auch er die Sache einem dritten in Verwahrung geben. Damit würde aber das von Leonhard festgestellte wichtige Merkmal für den mittelbaren Besitz nicht immer zutreffen und Ausnahmen erleiden. Meines Ermessens ist, wo im Gesetz von Verwahrung gesprochen wird, auch stets die persönliche Verwahrung gemeint, es sei denn, dass das Gesetz eine Ausnahme zulässt wie beim Finder gemäss § 966. (So Fischer-Heule, Anm. 1 zu § 966; Endemann, II, S. 344; Denkschrift, S. 197).

ihm im verschlossenen Depot übergebenen Wertpapiere verpflichtet, zu ihrem Besitze indess nicht, den Besitz könnte sich der Bankier nur durch eine rechtswidrige Handlung verschaffen. Der Verkäufer ist zur Verwahrung einer Sache bis zur Übergabe verpflichtet; ein Besitzmittler ist er deshalb noch nicht, er wird es erst, falls zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 (in Verbindung mit § 930) vereinbart wird. Daraus dürfte sich zur Genüge ergeben, dass es nicht statthaft ist, die Pflicht zur Verwahrung mit der Pflicht zum Besitze identisch zu nehmen; daraus folgt ferner, dass, wo im Gesetz von Verwahrung die Rede ist, man deshalb nicht ohne weiteres ein Verhältnis im Sinne des § 868 voraussetzen darf, sondern vielmehr darauf achten muss, ob neben der Verwahrungs- auch die Besitzespflicht auferlegt sei, was oft übersehen wurde. In der Verwahrungspflicht, die, wie bereits gesagt, beim Finder nicht identisch ist mit der Besitzespflicht, kann deshalb nicht der Grund liegen, der den Finder zum Besitzmittler machen soll.

Ausser der Besitzespflicht ist nach § 868, wie bereits dargetan (oben S. 48, 49) ein konkretes Rechtsverhältnis unter den Beteiligten erforderlich. Wie ich weiter ausgeführt habe (oben S. 53), kann dies Rechtsverhältnis durch eine gesetzliche Bestimmung ersetzt werden. Trifft einer dieser Fälle auf den Finder zu? Von einem auf privatem, zwischen Finder und Verlierer vereinbarten Abkommen kann doch nicht die Rede sein, schon deshalb nicht, weil meistenteils der Verlierer dem Finder unbekannt ist. Auch die zweite Möglichkeit ist beim Finder ausgeschlossen. Es giebt keine gesetzliche Bestimmung, kraft deren der Finder in den Besitz der Sache gelangt. Der Finder ergreift

vielmehr die Sache aus eigenem Antriebe, aus eigener Initiative, ohne dass eine diesbezügliche Pflicht für ihn besteht. Auch diese Gründe sprechen also dagegen, dass man den Finder zu den Besitzmittlern zähle.

„Zu der Annahme — sagt Strohal (Bd. 38, S. 24) — dass der Finder dem Verlierer oder dem sonstigen Empfangsberechtigten mittelbaren Besitz verschaffe, wäre nur zu gelangen, wenn man den ersteren als Vertreter des letzteren betrachten dürfte.“ Diese Annahme wäre aber nur in dem Falle berechtigt, wenn nach B. G. B. Stellvertretung im Besitze überhaupt zulässig wäre. Das Gesetzbuch selbst giebt uns darüber direkt keinen Aufschluss. Wohl hatte der Entwurf erster Lesung im § 801 eine Bestimmung, welche die Stellvertretung zuliess. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift gestrichen, weil sie dieselbe für überflüssig erachtete (Prot. III, S. 33), zumal das ganze Besitzrecht auf ganz anderer Grundlage aufgebaut worden ist. Wenn auch im B. G. B. eine entsprechende Bestimmung fehlt, so spricht § 164 fg. von der Vertretung überhaupt, sodass es immerhin möglich sein könnte, diese Normen analog auf die Vertretung beim Besitzerwerbe anzuwenden. Dass dies nach bürgerlichem Recht wirklich zulässig ist, behauptet Kniep, demzufolge der Besitz, auch der mittelbare, durch Stellvertreter erworben werden könne (S. 143), d. h., so lange der Vertreter die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat, ist er der wirkliche Besitzer, der Vertretene hat nur den mittelbaren Besitz. Für diese seine Behauptung giebt Kniep folgendes Beispiel, dass wenn A dem B eine Sache übergiebt, dieser aber die Sache nicht für sich, sondern für C erwerben will, so wird unmittelbar in der Person des C

mittelbarer Besitz hervorgerufen (S. 143, 154). Daraus ergiebt sich, dass Kniep hierbei nicht etwa an die Fälle des § 855 denkt. Kniep kommt aber selber der Gedanke, dass § 164 fg. sich auf Willenserklärungen bezieht und da der Besitzerwerb darunter nicht fällt, so macht Kniep die Einschränkung, dass es sich beim Besitzerwerb nur um eine sinngemässe Anwendung handeln könne. Bemerken möchte ich hierzu, dass diese Ansicht für den Entwurf erster Lesung zutreffend ist, so erklären die Motive (III, S. 88) die Vorschriften über Stellvertretung für entsprechend anwendbar, weil der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft ist. Meines Wissens ist Kniep der einzige, der nach dem B. G. B. eine Stellvertretung beim Besitzerwerbe für zulässig erachtet.[1])

Den Fall, wo jemand kraft Rechtssatzes gesetzlicher Vertreter eines andern wird und beispielsweise den geschäftsunfähigem Mündel im allgemeinen, also auch beim Besitzerwerb vertritt, habe ich bereits (oben S. 51) erörtert. Es bleibt aber immerhin die Frage offen, ob eine Stellvertretung beim Besitzerwerb nicht vereinbart werden könne, ob also mit andern Worten die Parteien eine Stellvertretung nicht ermöglichen können.

Eine ausdrückliche Bestimmung betreffs der eben gestellten Frage enthält das Gesetzbuch nicht. Wohl hatte eine solche der Entwurf erster Lesung im § 801; dieser Paragraph wurde aber von der zweiten Kommission gestrichen, wie auch das ganze Besitzrecht auf anderer Grundlage aufgebaut. Aus der Streichung des besagten Paragraphen darf man keineswegs schon folgern, dass nunmehr eine Stellvertretung im Besitze nicht zulässig sein solle. Die Protokolle (III, S. 33)

---

[1]) Entgegengesetzter Ansicht ist Biermann S. 6; Dernburg III, S. 61; Endemann II, S. 161; Strohal, Bd. 38, S. 24, 71; Bartels, S. 665; Grützmann, Sächsisches Archiv, Bd. 8, S. 328.

führen nämlich aus, „auch für den Besitz in dem jetzt beschlossenen Sinne könne freilich eine Vertretung in Frage kommen.“ Wie sich aus den weiteren Ausführungen ergiebt, hat hier die Kommission in erster Linie eine Stellvertretung im Falle des § 855 im Auge; im übrigen hält die Kommission eine spezielle Vorschrift für unnötig, da auch ohne eine diesbezügliche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde. Noch deutlicher als an dieser (von § 855 abgesehen) erklären die Protokolle an einer andern Stelle die Stellvertretung im Besitzerwerbe für unzulässig, da grundsätzlich nur derjenige den Besitz verschaffen könne, wer selbst die Herrschaft über die Sache ausübt.

Obwohl diese Ausführungen meines Erachtens zutreffend sind, so kann man sich doch wohl auf sie allein nicht berufen, zumal die Protokolle gesetzesgleiche Kraft nicht haben und es sich hier um eine prinzipielle Frage handelt, ob Stellvertretung im Besitzerwerbe überhaupt möglich ist — ich sehe hier von § 855 ab. Eine Stellvertretung scheint in unserem Falle schon deshalb nicht undenkbar zu sein, da § 164 fg. von der Stellvertretung im allgemeinen handelt. Diese Vorschriften beziehen sich aber nur auf Willenserklärungen und der Besitzerwerb, die Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist doch keine Willenserklärung, so nennt Ihering das *corpus* „die Tat des Willens“ (Besitzwille, S. 36) und Bekker (Iherings Jahrb., Bd. 34, S. 251) „die Betätigung, nicht die Erklärung des vorhandenen *animus*“. Wenn demnach § 164 fg. beim Besitzerwerb nicht direkt anwendbar erscheint, so ist vielleicht eine „entsprechende“, eine „sinngemässe“ Anwendung auf den Besitzerwerb doch möglich. Eine solche Anwendung verlangten, wie bereits dargethan (oben S. 61), die Motive für den Entwurf erster Lesung und Kniep

desgleichen, dieser allerdings für das Besitzrecht in der heutigen Gestalt. Um diese Frage beantworten zu können, erscheint es ratsam, die Vorgeschichte des Gesetzes zu berücksichtigen. Das römische Recht kannte eine Vertretung im Besitze (auch der Entwurf erster Lesung, der gerade, was den Besitz anbetrifft, in römischen Bahnen wandelte). Dort galt bezüglich des erst zu erwerbenden Besitzes der Satz: *Possessionem acquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno.* Dieser Stelle zufolge wird zum Besitzerwerbe ein *animus* und ein *corpus* verlangt. Bei der Erlangung des *corpus*, d. i. der tatsächlichen Gewalt nach der Sprechweise des B. G. B. konnte man sich vertreten lassen, ermöglicht wurde diese Stellvertretung durch das Erfordernis des *animus*. Einen *animus* hat indes das B. G. B. in die Besitzlehre nicht aufgenommen; hier genügt zum Besitzerwerbe die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (oben S. 33), deshalb ist der Unterschied zwischen Besitz und Detention fortgefallen, insbesondere giebt es kein *alieno nomine possidere* mehr, sondern mir schlechtweg den Besitz. An die Stelle der gemeinrechtlichen Stellvertretung ist im B. G.B. ein ganz anderes Verhältnis getreten, nämlich das zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer.

Wie ersichtlich, kann uns das römische Recht wegen des grundsätzlichen Unterschiedes keinen Aufschluss bezüglich unserer Frage geben. Wie verhält es sich mit dem älteren deutschen Rechte? Auf diesem fusst ja gerade die Besitzlehre des B. G. B. in verschiedenen wichtigen Punkten. Dem älteren deutschen Recht war aber eine Vertretung im Besitze, wie es Heusler (Gewere, S. 120, 149) darstellt, grundsätzlich unbekannt. Von dieser Regel giebt es insofern Aus-

nahmen, als das deutsche Recht neben der „lediglichen Gewere des Hausgenossen, Verwalters, Lehnsvormundes die „hebbende“ Gewere des Herrn anerkannt. Allerdings muss hier die Einschränkung gemacht werden, dass der Inhaber entweder zu den Hausgenossen des Herrn zählen oder dass zwischen ihm und dem Herrn ein Rechtsverhältnis vorliegen muss. Die Fälle der ersteren Art würden nach dem B. G. B. unter den § 855 zu subsummieren sein, die der letzteren Art unter den § 868. Eine Antwort auf die oben gestellte Frage giebt also auch das ältere deutsche Recht nicht, es rechtfertigt aber die Vermutung, dass auch nach dem B. G. B. nur in diesen Fällen ein solches vertretungsähnliches Verhältnis vorkomme. Immerhin ist dies aber nur eine Vermutung. Das ältere deutsche (wie überhaupt jedes andere) Recht kann bei der Beantwortung unserer Frage nicht ausschlaggebend sein, weil das Besitzrecht des B. G. B. an keines der bisherigen Rechtssysteme sich anschliesst, vielmehr an die Auffassung des täglichen Lebens und des Verkehrs anknüpft. Mit Stolz hebt Leonhard (S. 69) hervor, dass auf die Regelung der Besitzlehre des B. G. B. die deutsche Rechtswissenschaft als Vorarbeiterin grossen Einfluss geübt hat. Und man wird dem zustimmen, wenn man erwägt, wie von der Wissenschaft die Besitzlehre des ersten Entwurfs aufgenommen wurde, und wie sich die zweite Kommission zu dieser Kritik gestellt hat.

Aus diesem Grunde ist es wohl nicht unstatthaft besonders zu erörtern, welches der Standpunkt der Wissenschaft gerade bezüglich unserer Frage ist. In erster Linie ist hier von Ihering (Der Besitzwille, Jena 1889) zu nennen. Dieser erkennt ausser dem Besitzer einen häuslichen, momentanen, aber auch den prokuratorischen

Detentor an (S. 503 fg., 510 fg.). Zu der letzteren Gruppe zählt Ihering die Fälle, wo der Hausherr einen Nichthausgenossen eine Sache auf Grund eines Auftrags, eines Verwahrungs-, eines Werkvertrags übergiebt, damit der Beauftragte, Verwahrer u. s. w. etwas mit der Sache für den Herrn vornehme. Diese prokuratorischen Detentoren stempelt Ihering erst dann zu Besitzern, wenn sie die übergebene Sache in ihr Haus gebracht haben. Der Grund für diese Einschränkung ist unverkennbar der, dass, falls die prokuratorische mit der häuslichen und momentanen Detention völlig auf einer Linie ständen, der Herr in das Haus des Beauftragten eindringen und ihm die übergebene Sache wegnehmen könnte, ohne damit eine Rechtswidrigkeit zu begehen. Um dieser, aus der Detention sich ergebenden Konsequenz vorzubeugen, musste Ihering eine positive Ausnahme machen. Deshalb will Baron (Iherings Jahrb., Bd. 29, S. 239) die prokuratorische Detention aus der Reihe der Detentionsverhältnisse streichen. Der gleichen Ansicht ist Strohal (Bd. 29, S. 357), dessen Kritik, nebenbei bemerkt, auf die Umgestaltung der Besitzlehre einen bedeutenden Einfluss ausgeübt hat. Das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und Beauftragten, Verwahrer und Hinterleger (dieser Fall ist sogar ein gesetzliches Beispiel des § 868) ist nach dem B. G. B. ein solches im Sinne des § 868, die häusliche und momentane Detention dagegen haben wir bereits unter den § 855 eingereiht. Soweit mir die Literatur betreffend die Besitzlehre des B. G. B. bekannt ist, hält, Kniep ausgenommen, kein einziger Schriftsteller eine Vertretung im Besitzerwerbe für zulässig (oben S. 61). So sagt beispielsweise Endemann (II, S. 161): „Beim Besitzerwerb handelt es sich nicht um die Erreichung einer rechtsgeschäftlichen

Verbindung oder Wirkung einem dritten gegenüber, sondern um die Schaffung des dinglich wirkenden Besitzstandes. Eine analogische Anwendung der Grundsätze über die Vertretung passt für den Besitzerwerb selbst überhaupt nicht. Der § 164 kann keine Anwendung finden, weil der Erwerb vom Vertreter nicht im Namen des Herrn dem dritten gegenüber erklärt wird und durchaus keine Rechte und Verpflichtungen zwischen Herrn und dritten daraus entstehen, was doch der Zweck der Vertretung ist."

Auf Grund dieser Ausführungen dürfte der Schluss gerechtfertigt sein, dass nach dem B. G. B. eine eigentliche Stellvertretung im Besitz, bezw. im Besitzerwerbe unzulässig und mit dem Grundgedanken der Besitzlehre unvereinbar ist.

Angenommen, dass eine Stellvertretung im Besitz auch nach dem B. G. B. zulässig wäre, welches sollte dann das Mittel sein, das eine Vertretung ermöglichte? Im römischen Rechte war es der *animus*, für das B. G. B. ist dagegen zum Besitzerwerb ein *animus* nicht erforderlich und an die Stelle der Stellvertretung ein Verhältnis, wie es § 868 erheischt, getreten. Für ein solches Verhältnis ist aber nicht der blosse Wille entscheidend, sondern ein Rechtsverhältnis muss, wie bereits nachgewiesen (oben S. 48 fg.), vorliegen, dieses ist die unbedingte Voraussetzung, der Träger eines Falles im Sinne des § 868, es kann nicht durch den (möglicherweise der Gegenpartei erklärten) Willen, die Sache für einen andern besitzen zu wollen, ersetzt werden. Dieser Wille kann sich ja später ändern und dementsprechend müsste die bloss darauf beruhende Macht des andern dieselben Wandlungen durchmachen. Mit welchen Schwierigkeiten hatte bereits die gemeinrechtliche Praxis um des *animus* willen zu kämpfen,

und diese Schwierigkeiten würden dann auch für die jetzige Praxis bestehen, denn es ist ersichtlich, dass es schwer fällt, jemandem nachzuweisen, dass er im bestimmten Augenblicke einen bestimmten Willen hatte. Wie soll in Zweifelsfällen der Richter entscheiden? Der Willkür, Präsumtionen steht hier Tor und Tür offen. Diesem Bedenken beugt § 868 vor, indem er ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erfordert. In diesem Sinne begründet auch das Reichsgericht (Bd. V, S. 49) ein Erkenntnis: „Es herrscht in der Literatur Streit darüber, ob durch die Erklärung des Veräusserers, die Sache fortan für den Erwerber besitzen zu wollen und durch die Annahme desselben seitens des Erwerbers der Übergang des Besitzes vermittels *constitutum possessorium* eintritt, oder ob es, um diese Wirkung hervorzubringen, noch eines weiteren rechtlichen Grundes bedarf, kraft dessen der Veräusserer die Sache zu behalten berechtigt ist .... Es genügt nicht das Übereinkommen des Kontrahenten, dass der bisherige Besitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber innehaben soll, sondern es muss ein Rechtsverhältnis geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint.“ Dieses Urteil ist zwar noch unter der Herrschaft des gemeinen Rechts gefällt worden, könnte aber auch nach heutigem Recht nicht anders lauten. Wie mehrmals hervorgehoben, genügt nach B. G. B. die Vereinbarung eines *constitutum possessorium* nicht, es muss vielmehr ein konkretes Rechtsverhältnis vereinbart werden, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930 mit § 868).

Wenn wir diese Ausführungen, die dafür sprechen sollen, dass der Finder zum Besitzmittler wird, zusammenfassen, kommen wir zu einem ganz anderen

Resultat. Ein Verhältnis im Sinne des § 868 kann deshalb nicht vorliegen, weil zwischen Finder und Verlierer grundsätzlich das Rechtsverhältnis fehlt, vermöge dessen der Finder dem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, weil ferner von einer Pflicht zum Besitze beim Finder keine Rede sein kann (oben S. 58). Wir haben ferner gesehen, dass das Rechtsverhältnis wohl durch eine gesetzliche Bestimmung oder durch eine gerichtliche Einweisung (oben S. 53) ersetzt werden kann, niemals aber durch den, dem Verlierer selbst erklärten Willen des Finders, er wolle die Sache für ihn besitzen. Hier fehlt nämlich das rechtliche Band zwischen ihnen, das konkrete Rechtsverhältnis. Aus gleichem Grunde entsteht kein Besitzmittlerverhältnis, wenn der Verlierer den Fund erfahren und mit dem Finder nur über die Höhe seiner Aufwendungen verhandelt. Es steht nämlich dem Verlierer immer noch frei, die Aufwendungen nicht zu billigen und die Sache dem Finder zu belassen; erst mit der Genehmigung wird dies anders, erst da entsteht meines Erachtens der mittelbare Besitz für den Verlierer (ähnlich wie beim Geschäftsführer oben S. 52).[1])

---

[1]) Anderer Ansicht ist Kniep (S. 84), der meint: „Eigentümlich liegt die Sache beim Finder. Ein redlicher Finder ist vor allem Inhaber für andere. Er beabsichtigt, die Sache an den Verlierer zurückzugeben. Zugleich ist er Inhaber für sich, insofern er einen Finderlohn beanspruchen kann. Ausserdem ist er noch von einem andern Gesichtspunkte Inhaber für sich: er will eventuell, falls der Berechtigte nicht zu ermitteln ist, über die Sache verfügen, sie z. B. für sich behalten. Nach dem B. G. B. ist die Unterscheidung zwischen einer Inhabung für sich und für andere zwecklos, das Gesetzbuch kennt nur schlechthin den Besitz. Kniep scheint mir ferner das Wollen zu stark zu betonen; nicht der Wille, das Gesetz legt dem Finder Pflichten auf, nicht der Wille, sondern das Gesetz lässt ihm Eigentum erwerben.

Ich habe bereits erwähnt, dass der Finder grundsätzlich Mittlerbesitz nicht erlangt, ausnahmsweise ist dies demnach möglich. So vermittelt der Finder dem Verlierer den mittelbaren Besitz, wenn er z. B. zum Aufsuchen beauftragt oder gesetzlicher Vertreter des Verlierers oder sonstigen Empfangsberechtigten ist. Im ersteren Falle wird der Verlierer, wie dargetan, (oben S. 51), mittelbarer Besitzer kraft des Auftrags, also kraft eines Rechtsverhältnisses,[1]) im zweiten Falle wird dieses Requisit durch einen Rechtssatz ersetzt; und die Stellvertretung des gesetzlichen Vertreters im Besitzerwerbe ist nur eine Folge der gesetzlich im allgemeinen angeordneten Vertretung (darüber oben S. 51). Diese Fälle sind aber Ausnahmefälle, der normale Fall ist der, wo ein solches Verhältnis nicht vorhanden sein wird. Mit Recht kann somit Strohal (Bd. 38, S. 24) sagen: „Der Finder erwirbt lediglich Besitz für sich, und hieran könnte selbst dadurch allein nichts geändert werden, dass der Finder geradezu die Absicht hat und zum Ausdruck bringt, den Verlierer

---

An einer anderen Stelle fährt Kniep (S. 152) so weiter fort: „Der Finder beabsichtigt, die Sache an den Verlierer zurückzugeben. Insofern ist er Inhaber für andere; insofern ist Raum für den mittelbaren Besitz vorhanden. Aber das Entstehen dieses mittelbaren Besitzes ist bedingt durch den Umstand, dass der Berechtigte ermittelt werde." Die Antwort darauf ist bereits oben gegeben.

[1]) Bartels (S. 668) meint, dass das kausale Rechtsverhältnis des § 868 *ex contracta* oder *quasi ex contracta* sein könne; weil der Finder zur Verwahrung der Sache verpflichtet ist, so entsteht zwischen ihm und dem Verlierer *quasi ex contracta* das Rechtsverhältnis der Verwahrung. Mit dieser Unterscheidung hat das B. G B endgiltig gebrochen, es kennt Rechte und Pflichten *ex contracta* und *ex lege*. Dass in der Verwahrungspflicht des Finders noch kein Verhältnis im Sinne des § 868 erblickt werden darf, darüber oben S. 55.

oder einen anderen Empfangsberechtigten ohne weiteres zum mittelbaren Besitzer zu machen."[1])

Diese den mittelbaren Besitz betreffenden Ausführungen haben ergeben, dass der Besitz des Finders sich im Normalfall wenigstens unter § 868 nicht einreihen lässt. Damit haben wir die Besitzverhältnisse des B. G. B. erschöpft und wir wissen immer noch nicht, welcher Art der Besitz des Finders ist. Dass der Finder Besitzer ist, steht nach dem Ausgeführten ausser Zweifel. Der Finder ist ferner kein Besitzdiener, sondern ein selbständiger Besitzer; er ist auch kein Besitzmittler. Abgesehen davon ist der Finder auch kein Eigenbesitzer; weil er zweifelsohne eine fremde Sache in Händen hält, insofern kann man ihn mit Dernburg als Fremdbesitzer und zwar als selbständigen Fremdbesitzer bezeichnen.

In der Gruppe der Fremdbesitzer macht die Literatur noch eine weitere Unterscheidung und zwar zwischen Nutz- und Verwaltungsbesitz, je nachdem der Besitz in eigenem oder in fremdem Interesse geübt wird. Allerdings wird auch hier ein konkretes Rechtsverhältnis verlangt, vermöge dessen jemand den Besitz auf bestimmte oder unbestimmte Zeit beanspruchen kann. Zu den Nutzbesitzern sind zu rechnen: Der Niessbraucher, Mieter, Pächter u. s. w., sie alle haben die Sache zu eigenem Nutzen, zu eigenem Vorteil inne; dagegen gehören zu der Gruppe der Verwaltungsbesitzer: der Verwahrer, der Frachtführer (§ 440, H. G. B.)

---

[1]) Die Begründung, die Strohal dafür giebt, ist nicht zutreffend. Strohal meint, der Finder könne den Verlierer beim Besitzerwerbe nicht vertreten, weil nach § 180 bei einseitigen Rechtsgeschäften Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig sei.

Bei der Vertretung handelt es sich aber um ein Tätigsein für den Vertretenen dritten gegenüber, hier dagegen um das Verhältnis zwischen Finder und Verlierer.

der Kommissionär (§ 397 H. G. B.) — diese haben den Besitz zur Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung in Händen, üben aber denselben im Interesse eines Dritten, des Geschäftsherrn aus.

Wie verhält es sich nun mit dem Besitz des Finders? Gebührt ihm der Nutz- oder Verwaltungsbesitz an der gefundenen Sache?

Die Antwort muss verneinend lauten. Es fehlt vor allem ein Rechtsverhältnis zwischen dem Finder und dem Verlierer; es existiert auch niemand, der ihm die Sache anvertraut hätte. Dass ihm der Nutzbesitz nicht zusteht, ist ohne weiteres ersichtlich. Aber das lässt sich nicht verkennen, dass der Finder ein Verwaltungsbesitzer ist; freilich ist dieser Besitz insofern sonderbar als der Oberbesitz, also der mittelbare Besitz fehlt. Man kann also den Schluss ziehen: „Der Finder ist ein Verwaltungsbesitzer eigener Art, ohne dass daneben ein mittelbarer und ohne dass Eigenbesitz existiert.“[1] [2]

---

[1]) Bekker ist anderer Ansicht und kommt (Bd. 34, S. 22) zu folgendem Schluss: „Kein Besitz ohne Eigenbesitz (will sagen, das Besitzverhältnis kann niemals bei den Besitzdienern oder bei den Besitzvermittlern aufhören, hinter diesen muss allemal ein Eigenbesitzer stehen).“ Dass Bekkers Ansicht nicht immer zutreffend ist, zeigt das obige Beispiel des Finders. Umgekehrt aber ist es richtig, es kann keinen mittelbaren ohne den unmittelbaren Besitz geben.

[2]) Endemann II, S. 124; Strohal, Bd. 38, S. 27; Fischer-Heule, Anm. 2 zu § 868.

III. Teil.

Der Eigentumserwerb des Finders.

Wie schon mehrmals hervorgehoben, bildet der Akt des Findens an sich keine Eigentumserwerbsart, er begründet zunächst nur obligatorische Rechte und Pflichten, welch' letztere dem Finder im Interesse des Verlierers oder sonstigen Empfangsberechtigten gegeben sind; für diesen verwahrt er die Sache, ihm hat er sie herauszugeben u. s. w. Der Zweck dieser gesetzlichen Bestimmungen ist der, die Sache dem Verlierer zu erhalten und zurückzuverschaffen. Dieser Zweck kann aber nur dann erreicht werden, wenn sich ein Empfangsberechtigter meldet. Wie die Erfahrung lehrt, ist dies nicht immer der Fall, und da fragt es sich, was nunmehr mit der Sache zu geschehen hat. Denn dass der Finder auch bei dieser Sachlage die Fundsache als eigene nicht betrachten darf, ergiebt sich schon daraus, dass er offenbar fremdes Eigentum in Händen hat. Auf diese Weise entsteht ein Zustand der Rechtsunsicherheit und die Sache könnte so Jahre hindurch in den Händen des Finders, wie Dernburg (III, S. 333) sagt, „ein totes Kapital" bilden. Damit wäre niemanden genützt, weder dem Finder noch dem Verlierer. Diesem Zustand kann nur ein Rechtssatz ein Ende machen, kraft dessen das Eigentum dem früheren Eigentümer abgesprochen und ein neuer Eigentümer geschafft wird.

Einen solchen Rechtssatz würden wir im römischen und ebenso im gemeinen Recht vergeblich suchen. Hier trat ein fester Rechtszustand erst nach Ablauf von 30 Jahren ein. In dieser Zeit war die Klage auf Herausgabe des Fundgegenstandes verjährt und so der Finder vor etwaigen Ansprüchen des Eigentümers

gesichert. In der Praxis muss sich diese Regelung (eigentlich Nichtregelung) wohl wenig bewährt haben, was schon daraus zu ersehen ist, dass, obwohl es sonst den Partikulargesetzgebungen recht schwer gefallen ist, mit römischen Rechtsanschauungen zu brechen, bezüglich der Fundsachen dieser Standpunkt nicht befolgt wurde. Die Partikulargesetzgebungen behandeln die Materie über den Fund selbständig (oben S. 7, Anm. 1) und sprechen im Prinzip den Satz aus, dass der Finder an der gefundenen Sache das Eigentum erwerben kann. Delbrück (Iherings Jahrbücher III) hat allerdings die Theorie aufgestellt, dass der Finder auch nach gemeinem Recht das Eigentum an der Fundsache erwerbe. Die Theorie wie die Praxis verwarf aber die Ansicht Delbrücks, weil sie in den Quellen nicht begründet ist.[1])

Fraglich ist es, auf Grund welches Erwerbstitels sich der Eigentumserwerb des Finders vollziehen soll. An eine Ersitzung kann man schon deshalb nicht anknüpfen, weil dann, wie die Motive (III., S. 382) hervorheben „offenkundiges Nichteigentum in Eigentum“ verwandelt werden würde und dies dem Grundgedanken der Ersitzung widerspricht.

Einer andern Theorie zufolge wird der Fund als herrenlose Sache behandelt und das Eigentum an demselben durch Okkupation erworben. Voraussetzung dieses Erwerbs ist allerdings ein öffentliches Aufgebot; erst wenn sich daraufhin kein Empfangsberechtigter meldet, wird die Sache für herrenlos erklärt und der Finder erwirkt dieselbe durch Okkupation *ex unus.* Gegen diese Theorie wäre einzuwenden, dass man nur eine Sache okkupieren kann, die in niemandes

---

[1]) Windscheid, Pand., S. 184, Anm. 7; Daude, Gutachten in Verh. des 16. Juristentages III, S. 67; Seufferts Archiv XXI, No. 15.

Besitz (gemeinrechtlich auch in niemandes Detention) sich befindet und dieses Erfordernis ist beim Funde nicht vorhanden. Eck (S. 56, III, Verh. des 16. Juristentags) schlägt deshalb in seinem Gutachten vor: „Es ist dahin zu zielen, dass der Finder als solcher und unter Umständen andere Personen an seiner Statt Eigentümer werden.“

Das B. G. B. hat sich keiner der eben besprochenen Theorien angeschlossen und sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Finder das Eigentum durch Zeitablauf *ipso iure* erwerbe.[1]) Die diesbezüglichen Vorschriften sind in den §§ 973, 974 gegeben.

Hinsichtlich der Voraussetzungen des Eigentumserwerbs macht das Gesetz einen Unterschied zwischen den Funden bis zu einem Werte von 3 Mark (Kleinfunde, auch Bagatellfunde genannt) und solchen über 3 Mark Wert (Wertfunde).

Um an einem Wertfunde das Eigentum erwerben zu können, ist nach Massgabe des § 973 I nötig, dass der Finder den Fund bei der Polizeibehörde angemeldet hat und dass seit der Anmeldung ein Jahr verstrichen ist, ohne dass sich unterdessen ein Empfangsberechtigter gemeldet hat oder dem Finder sonst bekannt geworden ist. In § 973 I ist nur von einer Anzeige schlechthin die Rede, dagegen liegt nach § 965 II dem Finder die Pflicht ob, „den Fund und die Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangs-

---

[1]) Eine Ähnlichkeit mit dem deutschrechtlichen Institut der Verschweigung ist nicht zu verkennen, „bei welcher, wie Eck (S. 57) ausführt, nicht eine fortgesetzte Rechtsausübung auf Seiten des Erwerbers, sondern nur eine Untätigkeit des bisher Berechtigten erfordert wird und nicht wie bei der Ersitzung der Erwerb auf der einen Seite das primäre und der Verlust auf der andern als dessen Folge gilt, sondern umgekehrt, aus dem Erlöschen des bisherigen Rechtes ein neues für den Gegner hervorgeht“.

berechtigten erheblich sein können, unverzüglich der Polizeibehörde anzuzeigen.“ Somit kann es fraglich sein, ob auch § 973 I eine solche Anzeige erfordert; dabei sei gleich bemerkt, dass das Gesetz unter unverzüglich ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern versteht; es wird also, positiv ausgedrückt, ein nach den Umständen des Falls zu bemessendes, schleuniges Tätigsein verlangt. Dass eine dem § 965 II genügende Anzeige auch dem § 973 I genügt, ist ohne weiteres klar. Wie ist aber im Falle des § 973 I zu entscheiden, wenn der Finder z. B. fahrlässigerweise eine verspätete Anzeige erstattet? In diesem Falle handelt er der ausdrücklichen Vorschrift des § 965 II zuwider, sind die Folgen aber auch auf den Eigentumserwerb gemäss § 973 I auszudehnen, genügt mit anderen Worten nach § 973 jede Anzeige oder nur die im Sinne des § 965 II erstattete? Eck (S. 44) empfahl in seinem Gutachten allerdings, bei Verzögerung der Anzeige den Verlust aller Rechte aus dem Funde anzudrohen. Eine diesbezügliche Vorschrift hatte auch der Entwurf erster Lesung im § 920 für den Fall, wenn der Finder die Anzeigepflicht verletzt, d. h. insbesondere nicht unverzügliche oder unvollständige Angaben gegenüber der Behörde gemacht hat. „Das Vorliegen der Ausnahme bewirkt nur, wie die Motive (III, S. 385) ausführen, dass die früheren Rechte an der Sache bestehen bleiben und dem Finder gegenüber fortdauernd geltend gemacht werden können.“ Eine solche Vorschrift ist in das Gesetzbuch nicht aufgenommen, ferner ist unter den Folgen, welche den Finder im Falle einer Verletzung der Anzeigepflicht treffen, der Verlust des Rechtes auf den Eigentumserwerb am Funde nicht angedroht. Weil ausserdem in § 973 I keine Einschränkungen,

wie in § 965 II, gemacht sind, glaube ich, dass jede Anzeige, also auch die schuldhaft verspätete, genügt, um die für den eventuellen Eigentumserwerb erforderliche Frist in Lauf zu setzen — einer solchen Auslegung steht wenigstens der Wortlaut des § 973 I nicht entgegen.[1]) Immerhin ist eine Anzeige unbedingtes Erfordernis, eine Unterlassung der Anzeige, die nicht einmal auf Fahrlässigkeit beruht, hindert den Eigentumserwerb;[2]) die nicht unverzüglich erfolgte Anzeige hat dagegen nur die Wirkung, dass sie den Eigentumserwerb, wie eben gezeigt, nicht hindert, aber hinausschiebt.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Finder die Anzeige zwar erstattet hat, aber die Umstände, welche für die Ermittelung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, verheimlicht. In diesem Falle befindet sich der Finder *in mala fide*; *mala fides* ist hier in einem besonderen Sinne zu verstehen, nicht etwa, wie gewöhnlich, als Kenntnis des fremden Rechts und des Mangels des eigenen Rechts.[3]) Der fragliche Ausdruck kann hier nur auf die Kenntnis von Tatsachen sich beziehen, welche auf eine bestimmte und auffindbare Person als Empfangsberechtigten schliessen lassen. In einem solchen Falle ist der Eigentumserwerb, da der Finder bösgläubig ist, auszuschliessen. Eine andere Frage ist es, ob man dem Finder die *mala fides* wird nachweisen können; die Motive halten es für nicht unmöglich. Die Anzeigepflicht bei den Wertfunden ist für den Finder insofern erleichtert, als sie bei einer beliebigen Polizeibehörde erstattet werden kann.[4]) Deshalb nahm man davon Abstand, die Anzeige

---

[1]) So Plauck, Erl. 1 zu § 973; Biermann Erl. 2 zu § 973.
[2]) Biermann, Erl. 1 zu § 973.
[3]) Motive III, S. 385.
[4]) Denkschrift S. 197.

bei einer bestimmten Polizeibehörde, insbesondere der Polizeibehörde des Fundorts zur Pflicht zu stempeln.

Eine weitere Voraussetzung des Eigentumserwerbs bei Wertfunden ist die, dass innerhalb der Jahresfrist seit der Anzeige dem Finder ein Empfangsberechtigter weder bekannt geworden ist, noch sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat. Dem ersten besten, der die Rückgabe der Sache verlangt, wird der Finder die Sache wohl nicht herausgeben, er wird vielmehr in der Regel von dem angeblichen Berechtigten verlangen, dass er ihm die Wahrscheinlichkeit seiner Rechte nachweise; erst dann kann man sagen, dass dem Finder im Sinne des Gesetzes jemand bekannt geworden ist. In diesem Sinne sagen auch die Motive (III, S. 385), „blosse Rechtsbehauptungen eines angeblichen Empfangsberechtigten brauchen die im Gesetze vorausgesetzte Kenntnis nicht hervorzubringen.“ Plauck (Erl. 1 zu § 973) ist der Ansicht, dass es bei der Polizeibehörde einer Glaubhaftmachung der Rechte seitens des Anmeldenden nicht bedarf, hier vielmehr schon die blosse Anzeige genüge. Plauck fasst hier wohl nur den Fall ins Auge, wo der Finder den Fund angezeigt, ihn aber der Polizeibehörde nicht abgeliefert hat. Ist auch letzteres der Fall, so wird wohl selbst die Polizeibehörde vom Verlierer verlangen, dass er ihr seine Rechte glaubhaft mache, was übrigens Plauck (Erl. 1 zu § 967) an anderer Stelle selbst zugiebt.

Einfacher gestalten sich die Pflichten des Finders, somit auch die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs bei den Kleinfunden. Einer Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde bedarf es hier nicht, und die zum Eigentumserwerbe erforderliche Jahresfrist läuft hier schon von der Zeit des Findens. Da die Anmeldung der Kleinfunde bei der Polizei dem Finder nicht zur

Pflicht gemacht ist, so verliert die Anmeldung der Rechte bei der Polizei, auf den praktischen Erfolg gesehen, ihren Zweck und hindert den Eigentumserwerb nicht. Hat aber beim Finder ein Empfangsberechtigter nachgefragt, ob er die betreffende Sache gefunden habe, und er verneint es, dann ist der Eigentumserwerb ausgeschlossen. In § 973 II ist nur dieser eine Fall, wo der Eigentumserwerb ausgeschlossen ist, erwähnt, ich trage kein Bedenken, diese Vorschrift auch auf den Fall auszudehnen, wo der Finder den Verlierer kennt, sei es von vornherein, als er den Fund gemacht hat, sei es später, aber innerhalb der Jahresfrist. Staudinger sieht in diesen Fällen nur dann einen Hinderungsgrund für den Eigentumserwerb, wenn der Finder zugleich die Sache auf Nachfrage verheimlicht. Diese Auslegung ist meines Ermessens unzutreffend, und führt auch zu unhaltbaren Konsequenzen. Giebt man Staudinger recht, dann ist die Aussicht des Verlierers gering, dass er je in den Besitz seiner Sache gelangt. Wo soll er sie denn suchen, bei wem nachfragen? Dann würde es ja reiner Zufall sein, falls der Verlierer auch beim Finder nachfrägt. Dem ist aber nicht so. Kennt der Finder den Verlierer, so hat er ihm die Sache herauszugeben. Diese Pflicht ergiebt sich für den Finder bereits aus dem Sinne der Vorschriften über den Fund, sie ist ferner in § 965 I positiv und allgemein aufgestellt, ohne dass ein Unterschied gemacht wird bezüglich des Wertes der Fundsache. Wollte der Finder, die Sache dem bekannten Empfangsberechtigten nicht herausgeben, sondern erst abwarten, bis dieser bei ihm nachfragt, so wäre schon darin eine *mala fides* zu erblicken; denn dass inbezug auf die *mala fides* der Unterschied im Werte der Sache ohne Belang ist, ist wohl evident. Man kann

ebensogut bösgläubig sein in betreff einer Sache über als unter 3 Mark Wert.[1])

Treffen die eben hervorgehobenen Voraussetzungen zusammen, so erwirbt der Finder das Eigentum an der Fundsache oder an dem Versteigerungserlöse, falls die Sache versteigert werden müsste. Staudinger schreibt dem Finder das Eigentum *ex tunc* zu, damit dem Finder auch die Nutzungen der Zwischenzeit zufallen.[2]) Gegen diese Ansicht wäre nichts einzuwenden, wenn sie nicht dem klaren Wortlaut des Gesetzes widerspräche. Dort heisst es: „Mit dem Ablauf eines Jahres . . . . . erwirbt der Finder das Eigentum an der Sache.“ Wie schon erwähnt, tritt der Eigentumserwerb *ipso iure* ein, das Eigentum des früheren Eigentümers geht unter, ausserdem aber auch alle sonstigen Rechte an der Sache. „Denn der Grundsatz, heisst es in den Motiven (III, S. 384), nach welchem nicht ermittelte Rechte zu Gunsten des Finders als nicht bestehend behandelt werden, ist nicht bloss auf das Eigentum, sondern auf alle Rechte an der Sache zu beziehen.“ War also die Sache jemanden verpfändet, so erlischt mit dem Eigentum des Verpfänders auch das Pfandrecht des Pfandgläubigers, war an der Sache der Niessbrauch bestellt, so erlischt mit dem Eigentum zugleich das Niessbrauchsrecht.

---

[1]) So auch Plauck (Erl. 1 zu § 973); nur die Begründung, die Plauck hierfür giebt, ist eine andere. Plauck zufolge sollen auch für Kleinfunde die Vorschriften des § 973 I Geltung haben, soweit Abs. II nichts Abweichendes bestimmt, d. h. m. a. W., dass Plauck den § 973 II als Ausnahme von der Regel des Abs. I auffasst. Ist das Verhältnis wirklich so? Ich glaube, dass aus dem Wortlaut des § 973 dies nicht zu ersehen ist.

[2]) Dernburg, III, S. 339; so schon für das gem. Recht, Delbrück (Ihering, Jahrb. III); Schütze, Archiv f. prakt. Rechtsw., N. F. II.

Selbstverständlich steht dem Finder das Recht zu, auf sein Recht zum Eigentumserwerb zu verzichten, den Fundlohn und Ersatz der Aufwendungen kann er sich dabei vorbehalten.[1]) Da auch in diesem Falle das Bedürfnis einer definitiven dinglichen Regelung bestehen bleibt, so giebt das Gesetz die Bestimmung, dass das Recht des Finders auf die Gemeinde des Fundorts, als die Trägerin der Armenpflege, übergeht. Der Eigentumserwerb der Gemeinde tritt ausser im Falle des Verzichtes seitens des Finders auch dann ein, wenn der Finder die Sache an die Polizeibehörde abgeliefert hat, aber die Frist, die ihm die Polizei zur Abholung gesetzt hat, verstreichen liess (§ 976).

Mehrere Male habe ich bereits erwähnt, dass dem Finder die Pflicht obliegt, die Sache dem bekannten Empfangsberechtigten herauszugeben. Er braucht dies aber erst zu tun, wenn ihm der Berechtigte seine Ansprüche ersetzt hat (§ 1000, S. 1). Wenn sich beide Teile einigen, so erhält der Verlierer die verlorene Sache und der Finder die genehmigten Ansprüche. Was hat aber zu geschehen, wenn eine gütliche Einigung nicht zu erzielen ist? Wenn dem Finder vor Ablauf des Jahres ein Empfangsberechtigter bekannt geworden ist oder bei Wertfunden sein Recht wenigstens bei der Polizeibehörde angemeldet hat, so kann ihm der Finder den Betrag der auf die Sache gemachten Aufwendungen angeben und dem Berechtigten eine angemessene Frist bestimmen mit der gleichzeitigen Aufforderung, der Verlierer habe sich innerhalb der Frist zu erklären, ob er bereit sei, die Ansprüche des Finders zu befriedigen (§ 974). Herrscht unter den Beteiligten Streit, ob die Frist in der Tat angemessen war, so kann nur das Gericht entscheiden. Plauck zufolge

[1]) Dernburg III, S. 339.

(Erl. 2 zu § 974) soll diese Frist niemals so bemessen sein, dass sie vor Jahresfrist endigt: „Denn nach § 974 soll der Eigentumserwerb des Finders mit dem Ablaufe der von diesem bestimmten Frist eintreten, nach § 973 aber kann der Eigentumserwerb niemals vor dem Ablaufe der dort bestimmten gesetzlichen Frist sich vollenden.“ Ich glaube, dass bei dieser Interpretation Plauck das Wörtchen niemals willkürlich auch auf den Fall des § 974 ausdehnte. Im Falle des § 973 kann der Eigentumserwerb niemals vor Jahresfrist sich vollziehen, dagegen ist im § 974 von einer Jahresfrist nichts erwähnt. Die betreffende Gesetzesstelle lautet: „Mit dem Ablaufe der für die Erklärung bestimmten Frist erwirbt der Finder das Eigentum“; eine Einschränkung, wie sie Plauck machen will, ist wohl aus dieser Stelle nicht herauszulesen. Abgesehen davon, fehlt hier auch der Grund, der für die Jahresfrist des § 973 bestimmend gewesen ist. Wozu soll der Finder, der den Empfangsberechtigten kennt, ein Jahr warten müssen? Es liegt doch in seinem und nicht minder in des Verlierers Interesse, dass dem Zustande der Rechtsunsicherheit baldmöglichst ein Ende bereitet werde. Billigerweise kann der Finder verlangen, dass ihm der Verlierer die Ansprüche sobald als möglich ersetzt, lässt er die ihm gesetzte Frist ohne Erklärung verstreichen, so verliert er das Eigentum an der Sache. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Berechtigte zwar die Sache haben möchte, aber die Ansprüche rundweg bestreitet.

Anders verhält es sich in dem Falle, wo der Verlierer innerhalb der ihm gesetzten Frist nur den Betrag der Ansprüche oder ihre Existenz, aber mit einer Motivierung bestritten hat, dass dem Finder z. B. ein Finderlohn nicht gebühre, weil er die Anzeige-

pflicht verletzt habe. Hier bleibt dem Finder der Prozessweg offen, er kann auf Feststellung des Betrages der Ansprüche oder ob eine Verletzung der Anzeigepflicht in der Tat vorliege, klagen. Nach rechtskräftiger Feststellung des Betrages hat der Finder dem Berechtigten nochmals eine angemessene Frist zu setzen mit der Erklärung, ob er nunmehr die Ansprüche zu befriedigen gesonnen sei. Verläuft diese Frist ohne eine Bereiterklärung, so erwirbt der Finder das Eigentum an der Sache. Diese zweite Frist wollen Staudinger (Anm. 1 c zu § 974) und Endemann (II, S. 345, Anm. 18) dem Empfangsberechtigten nicht gewähren, denn sie sehen darin, dass der Verlierer nur den Betrag der Ansprüche bestreitet, eine Bereiterklärung. Diese Auslegung widerspricht aber dem Gesetzestext (§ 1003, II mit § 974).

Nach dem Ablauf dieser zweiten Frist erlangt der Finder lastenfrei das Eigentum an der Sache. Sind aber dem Finder mehrere Empfangsberechtigte bekannt, so hat der Finder sie sämtlich zur Erklärung aufzufordern. Erklärt sich nur einer zur Befriedigung der Ansprüche bereit, so erwirbt der Finder das Eigentum nicht. Ist der Genehmigende nicht zugleich der Eigentümer der Sache, so erhält er auch dem Eigentümer das Eigentum.[1]) Es kann auch der Fall vorkommen, dass ein Berechtigter nachträglich, aber noch vor Ablauf der einjährigen Frist dem Finder bekannt wird, dann hat der Finder diesem ebenfalls eine angemessene Frist zu setzen. Ein endgiltiger Eigentumserwerb tritt also erst mit dem Ablaufe eines Jahres ein.[2]) Wie die Protokolle (III, S. 270) be-

---

[1]) Motive III, S. 385.

[2]) Biermann, Erl. 1 zu § 974.

merken, werden Fälle, wo mehrere Empfangsberechtigte existieren, wohl zu den Seltenheiten gehören.

Sobald der Eigentumserwerb des Finders sich vollzogen hat, kann er nicht mehr rückgängig gemacht werden, es wird dem Verlierer aber ein Anspruch auf Herausgabe der erlangten ungerechtfertigten Bereicherung gewährt. Die Motive (III, S. 386) begründen dies damit: „Da die Rechtsnorm, welche dem Finder das Eigentum zuspricht, nicht den Zweck verfolgt, das Vermögen des Erwerbers auf Kosten des Verlierenden zu vermehren, so entbehrt die Eigentumserwerbung des rechtlichen Grundes, wenn sie gleich auf einer Rechtsnorm beruht." Wie gesagt, kann nach Ablauf des Jahres vom Finder die Sache nicht mehr zurückverlangt werden, dafür hat der Verlierer einen persönlichen Ausgleichsanspruch, sodass er den Finder innerhalb dreier Jahre seit dem Eigentumsübergange, mag dieser auf Grund des § 973 oder des § 974 erfolgt sein, wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangen kann (§ 977).

Wenn dies im Falle des § 973 der Billigkeit zu entsprechen scheint, weil der Verlierer die Einbusse am Vermögen, die er erleidet, unter Umständen trotz der grössten Mühe nicht hindern konnte, so erscheint es andrerseits ungerechtfertigt, diesen Anspruch auch auf den Fall des § 974 auszudehnen. Wohl mit Unrecht behauptet Plauck, dass eine Unterscheidung der besagten Paragraphen sachlich nicht gerechtfertigt wäre, da auch im Falle des § 973 der Rechtsverlust eine Unthätigkeit der Berechtigten zur Voraussetzung hat.

Diese Begründung trifft wohl ausnahmslos auf die Fälle des § 974 zu, denn hier kann der Berechtigte den Eigentumsverlust abwenden und will es nur

nicht. Im Falle des § 973 braucht dies aber nicht immer zu passen, hier kann der Sachverhalt sich gerade umgekehrt verhalten, der Verlierer will die Sache zurückerhalten, er kann es vielleicht nur nicht. Die Nachforschungen, die er z. B. nach dem Verbleib der Sache oder des Finders angestellt hat, sind vielleicht ergebnislos verlaufen und als er dies einsah, stand er von weiteren Schritten ab. Allerdings kann auch vorkommen, dass jemand eine geringwertige Sache verloren hat, an der ihm nicht viel gelegen ist und er deshalb unthätig ist. Das werden wohl aber Ausnahmefälle sein, denn in der Regel wird wohl jeder danach streben, die verlorene Sache wieder in seine Gewalt zu bekommen. Plauck zufolge wäre gerade das Gegenteil anzunehmen, was nicht richtig sein dürfte. Infolgedessen erscheint es mir unstatthaft, die Fälle des § 973 mit denen des § 974 unter eine Rubrik zu stellen und sachlich keinen Unterschied zu erblicken. Wie man sich zu dieser Frage auch stellen mag, das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen § 973 und § 974, und daraus dürfte sich die Argumentation Plaucks erklären.